Constitucionalismo reflexivo. Derechos humanos y democracia en las sociedades complejas

ALEJANDRO SAHUÍ

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

ALEJANDRO **SAHUÍ**

DOCTOR EN DERECHOS FUNDAMENTALES por la Universidad Carlos III de Madrid y máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Desarrolló una estancia en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Northwestern.

Ha sido director de la Facultad de Derecho y del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, donde se desempeña como profesor-investigador. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Fue integrante del Consejo Local del Instituto Nacional Electoral, del Consejo Consultivo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche y del Consejo Académico del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es autor de *Razón y espacio público. Arendt, Habermas y Rawls* (2009); *Igualmente libres. Pobreza, justicia y capacidades* (2009); *Igualdad y calidad de la democracia* (2018); *Derechos humanos, grupos desaventajados y democracia* (2018). Ha coordinado diversas obras colectivas y publicado sobre temas de filosofía política, jurídica y moral. Actualmente es presidente de la Asociación Iberoamericana de Filosofía Política.

CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO. DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA EN LAS SOCIEDADES COMPLEJAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 1009

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Coordinación editorial

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada





UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Leonardo Lomelí Vanegas
Rector

Miguel Armando López Leyva
Coordinador de Humanidades

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Mónica González Contró
Directora

Mauricio Padrón Innamorato
Secretario académico

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

Carlos Alberto Alcaraz Gutiérrez
Secretario de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

ALEJANDRO SAHUÍ

CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO. DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA EN LAS SOCIEDADES COMPLEJAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2024

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información

Nombres: Sahuí Maldonado, Alejandro, autor.

Título: Constitucionalismo reflexivo : derechos humanos y democracia en las sociedades complejas / Alejandro Sahuí.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2024. | Serie: Serie Doctrina jurídica ; núm. 1009.

Identificadores: LIBRUNAM 2225901 (impreso) | LIBRUNAM 2225954 (libro electrónico) | ISBN 9786073084888 (UNAM) (impreso) | ISBN 9786078908080 (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro) (impreso) | ISBN 9786073085441 (UNAM) (libro electrónico) | ISBN 9786078908073 (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro) (libro electrónico).

Temas: Derechos humanos. | Democracia. | Derecho constitucional. | Ciencias sociales -- Filosofía. | Sociedades.

Clasificación: LCC K3240.S32 2024 (impreso) | LCC K3240 (libro electrónico) | DDC 341.48—dc23

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

La presente obra ha sido sometida a un proceso de dictaminación basado en el sistema de revisión por pares doble ciego, llevado a cabo por personas académicas independientes a la institución de afiliación de la persona autora, conforme a las Disposiciones Generales para la Actividad Editorial y de Distribución de la UNAM y los Criterios Específicos de Evaluación del Conahcyt.

Primera edición: 9 de febrero de 2024

DR © 2024. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México
ISBN (libro impreso): 978-607-30-8488-8
ISBN (libro electrónico): 978-607-30-8544-1

DR © 2024. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México
ISBN (libro impreso): 978-607-8908-08-0
ISBN (libro electrónico): 978-607-8908-07-3

Impreso y hecho en México

CONTENIDO

Agradecimientos XI

Introducción XIII

CAPÍTULO PRIMERO. CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO Y LIBERTAD 1

I. Constitucionalismo reflexivo: el enfoque de las prácticas 9

II. Derechos humanos y democracia como prácticas relativas a la autonomía y al autogobierno 22

III. Concepciones ecuménicas de los derechos y la democracia 27

IV. Las Constituciones como vigilantes e intérpretes 34

CAPÍTULO SEGUNDO. CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO E IGUALDAD 39

I. La Constitución y el problema de la complejidad social 40

II. Desigualdad y déficit de reflexividad constitucional 51

III. Derechos económicos y sociales y constitucionalismo reflexivo . . 58

IV. Derechos culturales y constitucionalismo reflexivo 71

CAPÍTULO TERCERO. SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE PERMANENTE: ACCESO A LA JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA 81

I. Poder constituyente permanente y enfoque de prácticas 91

II. Acceso a la justicia y control de la sala de máquinas: derechos humanos y participación democrática 98

III. Participación democrática y criminalización de la disidencia . . . 114

Capítulo cuarto. Derechos humanos y democracia en el sistema interamericano: la reflexividad allende las Constituciones 123

I. Democracia y derechos en el sistema interamericano 134

II. Tribunales internacionales y acceso a la justicia: el ideal de la participación democrática 137

III. Corte Interamericana, derechos políticos y democracia 142

IV. Corte Interamericana, libertades civiles y democracia. 146

V. La dimensión política de los derechos: consulta y acceso a la justicia 149

Capítulo quinto. Tribunales, juristas, filósofos y constitucionalismo reflexivo 157

I. Neoconstitucionalismo, postpositivismo y iusmoralismo: la crítica democrática 171

II. La unidad del razonamiento práctico en sociedades plurales y complejas 180

III. Constitucionalismo reflexivo y complejidad social 187

Capítulo sexto. Conclusiones. Hacia un constitucionalismo reflexivo. 197

Referencias bibliográficas 205

AGRADECIMIENTOS

El título del trabajo resuena a un texto de Carlos Thiebaut, que analiza la ciudadanía bajo la idea de "sujetos reflexivos en sociedades complejas". Mi intención es similar, pero adopta el foco inverso de las instituciones donde la ciudadanía se abriría espacio. Es decir, trata de pensar lugares adecuados para la participación pública. Sostengo que el constitucionalismo reflexivo es uno de esos lugares. El trayecto puede avanzar en doble sentido: desde las personas y sus cualidades para habitar sociedades complejas —el caso de Thiebaut—, pero también desde las instituciones y sus normas, para juzgar cómo se pueda alcanzar y estabilizar la convivencia —mi iniciativa—. Es de justicia reconocer la influencia formativa de Thiebaut como director de tesis, pero sobre todo agradecer su amistad y acompañamiento. Gracias a Carlos tuve la fortuna de realizar una estancia con Cristina Lafont en la Universidad de Northwestern. Mi deuda con su concepción participativa de democracia deliberativa es grande. Su propuesta iluminó varias de las intuiciones que desarrollo sobre el acceso a la justicia, de cómo debía entenderse como detonador del diálogo en clave democrática. Si la reflexividad se concibe como autoconfrontación, la perenne disputabilidad de las normas es fundamental. Mucho más allá de estas referencias puntuales, el ascendiente de ambos ha permanecido a pesar de la distancia. Ahora que sumo veinticinco años en la universidad, este libro adquiere un tono de corte de caja académico, y por eso me pareció importante destacarlo.

En el trayecto se han acumulado grandes amistades académicas. En una conversación *de longue durée* con ellas han surgido o desarrollado varias de estas ideas. No estoy seguro que se quieran reconocer en ellas; pero no puedo dejar de mencionarlas, porque han sido determinantes. Se trata de afinidades electivas. Raúl Hernández Vega (†) y Fernando Tenorio Tagle me impulsaron a optar por el mundo de la investigación con enfoques críticos, filosóficos y sociales, respectivamente. En seguida, Fernando Broncano, José Manuel Cabra Apalategui, Antonio Gómez Ramos, Carmen González Marín, Andrea Greppi, Rocío Orsi (†), Carlos Pereda, Nora Rabotnikof, Tatiana Rincón Covelli, Cristina Sánchez, José María Sauca y Antonio Valdecantos, en mi estancia española. Luego, en el aterrizaje de regreso

Óscar Almario, Álvaro Aragón, José Luis Caballero Ochoa, Francisco Colom, Juan Antonio Cruz Parcero, Concepción Delgado Parra, Paloma de la Nuez, Paulette Dieterlen, Dora Elvira García, Teresa González Luna, Luis Armando González Placencia, Mario Alfredo Hernández Sánchez, María Pía Lara, Gustavo Leyva, Fernando Longás, Julieta Marcone, Ruth Martinón Quintero, Julieta Morales Sánchez, Axel Mueller, María Teresa Muñoz Sánchez, Alejandro Nava Tovar, Sergio Ortiz Leroux, Carlos Alberto Patiño Villa, Carmen Pérez González, Jesús Rodríguez Zepeda, Ángel Sermeño, Sergio Tonkonoff, Jesús Tovar y Rodolfo Vázquez, a quien debo el cobijo de varias de mis aventuras editoriales. De las cátedras del máster de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante que dirige Manuel Atienza saqué gran provecho. El texto se benefició de la colaboración en proyectos españoles con Juan Antonio García Amado e Isabel Wences. En el Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia de la Universidad Carlos III de Madrid coordiné un seminario sobre teorías de la justicia con colegas y estudiantes de Iberoamérica. Este se replicó en un curso internacional para la Asociación Mexicana de Ciencias Políticas, también con participantes de la región. En la Universidad Autónoma de Campeche, Víctor Manuel Collí Ek, José Israel Herrera, Ivett García Sandoval, Ana Ximena Jacoby, María Cecilia Liotti, Luis Fernando Mex Ávila y Gerardo Mixcóatl han sido buenos aliados. En los posgrados interinstitucionales en derechos humanos se discutieron varios temas, igual que en los congresos de las asociaciones Latinoamericana y Mexicana de Ciencia Política, y de la Asociación Iberoamericana de Filosofía Política. Finalmente, agradezco a Rogelio Flores Pantoja, director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, y a Mónica González Contró, directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por haber acogido este trabajo. La labor que llevan a cabo en la generación y difusión de saberes jurídicos en México e Iberoamérica es destacable, al propiciar un espacio de discusión pública fundamental.

Es un ritual académico dejar algún espacio para la intimidad, no sin algún pudor. Mis padres han sido una fuente de inspiración invaluable en todo lo que hago. Paula Eugenia y Luis Alejandro han acompañado de cerca este proyecto con su infinito amor, alegrías y paciencia; y como colofón ha llegado el buen Eduardo en medio de la pandemia y de tantas crisis: como la promesa de un nuevo comienzo que todo nacimiento trae al mundo, según Hannah Arendt. Aunque sospecho que trama algo, él todavía no dice mucho. Tampoco hace falta: su risa, sus juegos y sus alborotos nos recuerdan cada día que todo tiene sentido.

INTRODUCCIÓN*

Ceci n'est pas une pipe
(Esto no es una pipa)

René MAGRITTE

Este no es un libro de constitucionalismo al uso. No trata sobre doctrina constitucional en los mismos términos de juristas y filósofos del derecho, sino acerca de ciertos empleos públicos de la expresión "Constitución" tanto en la vida política de las sociedades como en la esfera de la opinión y en el debate ciudadano. Las personas discuten sobre las creencias y concepciones que tienen de los derechos humanos o de la democracia, que son las dimensiones más importantes de la Constitución; su apartado dogmático y orgánico —indican los juristas—. Más allá de tribunales, legislaturas, burocracias o academia, los medios de comunicación, las redes, las organizaciones de sociedad civil y los movimientos sociales utilizan el lenguaje constitucional como se ha incorporado al sentido común. Las Constituciones son instrumentos claves de la participación política: sirven para denunciar vicios de arbitrariedad de los gobiernos, déficits de cumplimiento de derechos o crisis de legitimidad. Con independencia de si esas denuncias son válidas o no, tras un reclamo público las autoridades responsables de asegurar la autonomía y el autogobierno deben asumir posiciones que confirman, rechazan o transforman los usos constitucionales normales.

Sin embargo, la perspectiva que se adopta no es la espontánea de las personas; no es la que se puede apreciar en forma directa en el espacio público, sino continúa siendo escolar. Pretende, por supuesto, que pueda ser reconocida por los individuos en sus prácticas cotidianas, y asume que esta tarea es un imperativo en las sociedades contemporáneas, por su complejidad y pluralidad. Parte de un enfoque proveniente de la filosofía social aledaña a la teoría constitucional y a la filosofía jurídica, así como a la filosofía políti-

* El texto es prolijo en notas y referencias bibliográficas. Los créditos a las ideas esbozadas en esta Introducción se dispersan a lo largo del trabajo.

ca y moral. Las relaciones entre el derecho y la teoría social son un asunto que se suele menospreciar en las facultades, que no se toma cabalmente en serio. El derecho es visto como una disciplina dogmática, básicamente desde el quehacer profesional del foro de abogados y tribunales. Esta formación ha influido en el desarrollo del constitucionalismo. En sus estudios no se explora casi nunca la filosofía y las ciencias sociales, de manera que el derecho se sigue sosteniendo en una imagen de la sociedad como agregado de individuos homogéneos, como producto deliberado de un acuerdo. El constitucionalismo es preso de una sociología y teoría política superadas. En vez de entender la funcionalidad heurística del modelo contractual como una herramienta constructiva que es útil para clarificar el punto de vista normativo, se suele asumir sus presupuestos como valores sustantivos. Esto conduce a una imagen de la persona como individuo egoísta racional, en la que prima la noción de intereses subjetivos.

En este trabajo se propone una comprensión reflexiva de los principios y valores constitucionales primordiales. Los derechos humanos y el régimen democrático representan el núcleo del proyecto del constitucionalismo. En términos genéricos, los derechos contienen la parte sustantiva relativa a la autonomía, mientras la democracia organiza los procedimientos que actualizan el autogobierno de las personas en público, la soberanía popular. Conviene observar que la noción reflexividad no significa sólo pensar atentamente algo. Su uso es técnico, y tiene un linaje filosófico y sociológico importante. Pretende desafiar las bases solipsistas de la filosofía de la conciencia para destacar la intersubjetividad y la publicidad que el giro pragmático y lingüístico han impulsado. En este uso se enfatiza el reflejo especular de una acción que es puesta a la vista de sus participantes para su juicio crítico. Acerca de nuestro tema interesa conocer las formas como la ciudadanía discute sobre asuntos constitucionales; en particular, en circunstancias donde las respuestas normales del derecho no son obvias ni pacíficas.

Sorprende que tantas veces se ignoren los saberes de la filosofía social, dándose por descontado que sus aspectos descriptivos y explicativos implican ausencia de criticismo. Sin embargo, este es un error de comprensión del sentido de varios de sus hallazgos. Es posible indagar por los intercambios entre los infinitos órdenes sociales y el entorno normativo que el derecho constituye, siempre que se plantee una perspectiva metodológica adecuada. No hacerlo acarrea el riesgo de una teoría constitucional ingenua. Si la filosofía jurídica se reconoce heredera del pensamiento racionalista, no puede saltarse un par de siglos de ilustración social y humanística. Necesita aclarar las condiciones normativas que posibilitan a las personas desempeñarse en situaciones de complejidad y pluralismo. Esto exige que desarro-

llen aptitudes escépticas ante las instituciones; pero no implica actitudes nihilistas, relativistas o anárquicas. Cabe ser optimista acerca de las posibilidades de la cooperación social, sin ser cándido sobre su naturaleza. Ésta no surge de manera espontánea ni refleja valores trascendentes. La época moderna impone confrontar todos los órdenes prácticos de reglas. En el constitucionalismo visto con enfoque pragmático los derechos y el régimen democrático tienen esta función primaria. Cuando las personas participan en las instituciones, interpretan su conducta como agentes, no reaccionan en forma mecánica: actúan y se hacen responsables ante los demás confiriéndoles iguales atributos.

Siendo estrictos, el constitucionalismo reflexivo debe estimarse una variante del constitucionalismo deliberativo. Al igual que éste, su motivo principal es promover el entendimiento de las Constituciones como espacios de conversación entre personas libres. El proyecto guarda también semejanzas con la democracia deliberativa, pero enfatiza la dimensión institucional: apunta a señalar, criticar o proponer las formas de apertura del derecho a las demandas del espacio público. No se limita a asuntos legales, pero busca comprender la función de las Constituciones positivas y su interrelación con otros sistemas normativos: economía, cultura, ciencia, entre otros. El constitucionalismo reflexivo se cuestiona por el sentido de esos sistemas que se entrecruzan con sus reglas propias, sometiéndolos a examen a través de dos principios básicos: autonomía y autogobierno, interpretados desde las gramáticas de nuestras prácticas relativas a los derechos humanos y al régimen democrático.

El acento principal del texto está puesto en la democratización, en la participación ciudadana en estas prácticas. Tal vez en esto la propuesta constitucional reflexiva resuene al constitucionalismo político, frente a aquellas versiones deliberativas contramayoritarias, epistémicas y consensualistas. Pero a diferencia también de aquél, que es de un tipo más participativo y competitivo, la idea de reflexividad sirve a un propósito importante: recuerda la complejidad que es resultado de múltiples instituciones cuyas reglas no derivan de principios constitucionales aunque hayan evolucionado junto con ellos. La reflexividad como autoconfrontación se recupera de la filosofía social, sobre todo del estudio de los procesos de modernización. Invita a pausar impresiones inmediatas y preferencias espontáneas para mirarlas en perspectiva. Mientras el constitucionalismo ha conseguido estabilizar el trato con la pluralidad de intereses particulares y creencias comprehensivas, ha quedado empero rezagado ante la diversidad de órdenes de integración teleológicos, dejando algunos puntos ciegos. La sospecha es que esto se debió en gran medida a su perspectiva asentada en nociones subjeti-

vistas y racionalistas de la filosofía de la conciencia ilustrada. No obstante, se pueden adoptar otros enfoques de filosofía social compatibles con nuestras categorías normativas básicas: libertad, igualdad, solidaridad o dignidad.

La ruta que el trabajo sigue inicia con mover el foco metodológico, del individualismo al enfoque de las prácticas sociales. La mayoría de las Constituciones conocidas configuran al menos dos sistemas de prácticas fundamentales, básicas: los derechos humanos y la democracia. Más allá de sus contextos de surgimiento, de su accidentada evolución, es posible perfilar una serie de principios y reglas que las organizan como prácticas cuyos participantes son capaces de comprender y realizar. En los textos, en la interpretación jurisprudencial, en la dogmática, se pretende definir el sentido, los alcances y los límites de estos regímenes, y en situaciones normales se lleva a cabo esta tarea con éxito. De modo habitual la ciudadanía se acoge a estas reconstrucciones normativas, aunque una mirada histórica ayuda a alertar sobre su artificialidad y delicado equilibrio. Las normas de derechos y de la democracia se han acumulado en diferentes momentos y desde múltiples frentes de lucha e ideológicos. Por esta razón, resulta obvio que su organización y coherencia constitucionales sea un asunto más de juristas que de la ciudadanía. En determinadas situaciones, en especial en periodos de crisis, las personas cuestionan el sentido del juego constitucional como la jurisprudencia y la doctrina lo han organizado, y desafían sus reglas. Pero incluso controvertir reglas implica que los sujetos comprendan el significado global de las prácticas que critican, que sepan cómo realizar sus jugadas. Por esta razón, se propone trasladar la atención de la subjetividad como reducto de la aptitud de juzgar, hasta pensar a las personas como actores, como participantes al interior de múltiples prácticas regimentadas sin su completo dominio.

Conviene subrayar que este movimiento es exclusivamente de método, funge como una herramienta heurística: las personas como intuitivamente las representamos permanecen como lo más importante; son los cuerpos donde la dignidad se aterriza. Lo que cambia es la perspectiva del análisis. El enfoque de las prácticas no implica una ontología colectivista donde los individuos se funden y la crítica no es posible. Es cierto que son concebidos a partir de sus papeles en instituciones formales o informales cuyas normas no controlan, pero que pueden elucidar y evaluar desde diferentes ángulos. Que sean definidos como participantes connota un ideal de agencia: las personas no son piezas inermes de un mecanismo ciego. Pero su autonomía es relacional; está andamiada por distintos sistemas de reglas. Aunque cada práctica sitúa a sus sujetos en roles específicos que afectan su mirada, la complejidad y la pluralidad de prácticas que coexisten en el mismo espacio

propician la alternancia de puntos de vista, de manera que cabe siempre tomar distancia del orden establecido. Debido a que las personas realizan roles diferentes, no es imposible que se percaten de los problemas que las instituciones causen, ya que sus efectos se pueden percibir en uno u otro espacio.

Los derechos humanos y la democracia funcionan como gramáticas especiales para el debate político; intentan traducir las infinitas demandas colectivas, como piedras de Rosetta. Sin embargo, no son las únicas gramáticas existentes en el andamiaje constitucional, aunque otras suelan pasar desapercibidas sin despertar sospechas: piénsese en los regímenes familiar, patrimonial, comercial, tributario o de planificación económica. Éstos son tan fundamentales que es sorprendente que los textos, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales apenas indiquen sus directrices mínimas. *De facto* las normas que configuran tales regímenes afectan a la gente lejos del control democrático. En muchas ocasiones incluso delinean las formas de interpretar los derechos, como ha ocurrido —por ejemplo— al filtrar valores liberales clásicos radicados en los orígenes comunes del constitucionalismo y de las sociedades de mercado. Pensar acerca de esas prácticas globalmente y no solo desde sus reglas aisladas conduce a una noción de justificación distinta de las normas y del modo en el que obligan a sus participantes. El sentido interno del deber y las motivaciones de la acción no son independientes del conjunto de reglas del juego. Pero, a su vez —éste es un punto que me interesa subrayar—, tampoco son independientes de la compleja red de prácticas en donde cada juego está inmerso. El sujeto de los contratos es contribuyente, ciudadano nacional con derechos políticos y sujeto cosmopolita. También es integrante de un núcleo familiar, y en última instancia es una persona moral. Los derechos humanos y la democracia dan cuenta de las cualidades de autonomía y autogobierno en la sociedad moderna, sin ser las únicas prácticas sociales relevantes que las Constituciones formalizan. Nótese que al hablar de prácticas sociales no se trata exclusivamente de discursos y juegos del lenguaje, sino de regímenes sociojurídicos positivos, de instituciones con trayectorias históricas y materiales específicas.

Aunque este enfoque de filosofía social es ajeno al constitucionalismo en su versión predominante y suele ser sospechoso en la filosofía política, jurídica y moral, ello se debe a un defecto de apreciación. El constitucionalismo reflexivo no abandona el punto de vista normativo. Subraya la exigencia para los sujetos participantes en cualquier práctica de aprehender sus reglas, de conocer objetivamente sus fines, en primer lugar; pero luego también de evaluar internamente los imperativos que generan. Algo semejante a la idea del equilibrio reflexivo de John Rawls. Las Constituciones y su dogmática cumplen un papel elemental, porque sus reglas son el enmar-

que del debate público. Pero no son definitivas. El consenso traslapado de las normas básicas queda abierto, con zonas firmes, pero otras en medio de desacuerdos persistentes. Sin embargo, esto no debe ser juzgado como un desperfecto ni ser motivo de ansiedad. Los momentos constitucionales fijan ciertos principios que organizan la convivencia con el consentimiento de mayorías consolidadas, y es inevitable que queden cuestiones bajo sospecha que son tratadas por las personas como compromisos. Aunque este término no goza de mucho prestigio en el léxico moral y constitucional, cobra centralidad al destacar la complejidad y la pluralidad que acarrean fuertes obstáculos epistemológicos. En términos de Carlos Santiago Nino, la democracia es el mejor sucedáneo del discurso moral, porque nadie tiene acceso inmediato al universo de los valores. Es indistinto ser cognitivista u objetivista moral, o ser escéptico, si se mantiene abierta la disposición a participar en procedimientos deliberativos que el constitucionalismo dispone y se entiende que no cabe la legitimidad democrática fuera de ellos. La idea de Immanuel Kant de que el derecho público funcione "hasta en un pueblo de demonios" es clave para interpretar mi propuesta.

El constitucionalismo reflexivo trata de dos instituciones básicas: derechos humanos y democracia, y de su capacidad de procesar los problemas derivados de la complejidad y pluralidad que impiden presumir consensos normativos de fondo, ni siquiera unos de carácter metaético. De ahí la crítica a ciertas formas de argumentación (neo)constitucional extendidas, iusmoralistas y postpositivistas. Aunque pretendan ser progresistas respecto del *statu quo*, creo que no son siempre idóneas para interpretar normas insertas en prácticas sociales cuyo *telos* debe ser comprendido antes de evaluarlas con base en los valores relativos a la autonomía y al autogobierno personal, bajo la pena de socavar sus fines inherentes, en un extremo, o de producir una crítica inoperante e ineficaz, en el otro.

Los problemas del constitucionalismo distan de ser puramente especulativos. Vienen informados por la discusión dogmática y filosófica jurídica —qué duda cabe—; pero en las sociedades contemporáneas son apropiados por las personas; idea que se retoma de la noción de modernización reflexiva de Ulrich Beck, Anthony Giddens o Emilio Lamo de Espinosa. La justificación de reglas desde el punto de vista interno de los sujetos es un problema no sólo en el universo de juristas y moralistas, sino parte también de la agenda de la filosofía social desde Max Weber, que adquiere mayor relevancia detrás del giro pragmático y lingüístico en autores como Jürgen Habermas, John Rawls o Carlos Santiago Nino. Por esta razón, es importante mostrar las formas que el discurso público adopta una vez que ha sido socializado a través de múltiples disciplinas y sistemas de creencias. Se ha-

bla así de concepciones ecuménicas de los derechos y la democracia, y de las Constituciones como vigilantes e intérpretes en los términos del filósofo frankfurtiano.

En el enfoque de las prácticas se pone a las personas ante infinitas reglas que deben desempeñar con doble calidad de observadores y participantes. De la complejidad de regímenes resulta un concierto polifónico interesante; no puro ruido, como se podría sospechar de adoptarse un enfoque funcionalista. En el solapamiento de instituciones formales e informales las personas transitan entre escenarios con roles distintos: son ciudadanos, capitalistas, consumidores, devotos o miembros de una familia. Unas prácticas son propicias para apreciar los defectos de otras porque salen a la luz espacios donde las libertades, la igualdad, la solidaridad o la dignidad humana se frustran. De nuevo: las prácticas no sólo se refieren a asuntos discursivos, sino que son reforzadas por estructuras materiales y simbólicas que no se deben ignorar; órdenes económicos, antropológicos, psicológicos, entre otros, mediante los que se reproducen las sociedades. Un asunto central del constitucionalismo reflexivo es hallar zonas francas entre sus principios y las directrices de otras instituciones con las que se solapa, pero que no puede controlar ni determinar por completo.

Esta cuestión adquiere especial relevancia al observar que el constitucionalismo ha sido cada vez más arrinconado, cuando se revela incapaz de controlar cierto tipo de prácticas que parecen estar blindadas contra intervenciones, como las económicas. Aunque el derecho instituye los sistemas de propiedad, intercambio financiero o tributario, los juristas son reticentes para juzgarlos constitucionalmente. Las brechas en los derechos se miran como fracasos fortuitos reparables mediante expedientes judiciales, no como problemas estructurales. Los derechos económicos, sociales y culturales se interpretan como prestaciones utilitarias de bienestar que no corrigen las causas de desigualdad ni tocan esos regímenes especiales. Es paradójico que varias de las disciplinas jurídicas que más afectan la vida de las personas, como el derecho civil, el derecho familiar, el derecho patrimonial o el derecho mercantil se hayan desarrollado bajo las categorías del derecho privado protegidas contra la mirada pública. Los derechos humanos han sido interpretados como derechos de los individuos, lo que no sería problemático si el constitucionalismo contara con una filosofía o antropología social detallada. Por eso se destacan propuestas como la de Luigi Ferrajoli, de pensar un constitucionalismo de derecho social y privado que domestique esas ramas del derecho que evolucionaron sin control democrático. Su punto de vista se puede alinear con los desarrollos del socialismo democrático de Thomas Piketty o el constitucionalismo igualitario de Roberto

Gargarella, que invitan a repensar las prácticas financieras, patrimoniales, tributarias o laborales, democratizando la sala de máquinas. No basta con visibilizar que los derechos cuestan. Aunque se dispusiera de más recursos para redistribuir, la persistencia de las mismas reglas frustraría las metas de justicia social.

De cualquier forma, aunque la crítica luzca radical, el enmarque constitucional que se adopta conduce a proceder con cautela. Una ventaja asociada con el método es su contextualismo, su mirada alerta de la dimensión sociohistórica de las prácticas que se enjuician. Los derechos humanos y la democracia cuentan con una gramática más o menos consensuada influida por el texto constitucional, su doctrina, jurisprudencia y corrientes de pensamiento, pese a la fluidez y la apertura que las disputas políticas hacen posible.

El constitucionalismo es un escenario de diálogo que no se debe menospreciar; es una buena cancha para el juego político. Sus intersticios son las reglas y procedimientos discretos de cada una de las prácticas que se solapan con las normas constitucionales y que cabe aprovechar en tanto se entiendan sus funciones. Son posibles mejores diseños, una reingeniería constitucional; pero ésta no puede sino venir impulsada democráticamente.

Como recuerda Jürgen Habermas, la integración social no se subordina sólo a criterios normativos de naturaleza moral; incluye otros de carácter instrumental. Asimismo, varias prácticas siguen en forma rutinaria tradiciones culturales o religiosas que no han sido tematizadas en los discursos seculares. El enfoque pragmático visibiliza la pluralidad de órdenes normativos y torna inteligibles sus reglas como obligaciones internas para sus participantes. En seguida busca comprender cómo perviven al lado del orden constitucional que atribuye a las personas estatus ciudadano. Éstas participan simultáneamente en varias prácticas y son capaces de ejecutar los papeles que corresponden en cada caso. Esto ocurre normalmente sin mayores sorpresas; pero no significa que cualquiera sea capaz de elaborar el sentido completo de cada práctica. Sin embargo, en la sociedad moderna se exige algún grado de control del entorno, aun en las situaciones de incertidumbre, ya que se rechaza todo fatalismo. Por ende, implica desarrollar aptitudes personales e instituciones cognitivas que orienten en medio de estos escenarios complejos.

En este texto, esta tarea específica se atribuye al derecho de acceso a la justicia como instrumento de traducción de demandas ciudadanas plurales al idioma de los derechos y la participación democrática. En términos funcionales se podría interpretar como instancia de acoplamiento entre entorno y sistema, entre mundo de la vida y órdenes teleológicos. En la sala

de máquinas se podría interpretar como un pistón que transmite energía de la combustión social, del espacio público al sistema constitucional. Pese a la centralidad que se asigna a esta herramienta, no se sostiene que sea la única forma de realizar valores constitucionales, ni siquiera la principal, ya que nunca puede reemplazar a una esfera pública vibrante, de la que depende su efectividad. El acceso a la justicia es compatible con otras fórmulas de participación, como las asambleas ciudadanas, los minipúblicos, los referendos, entre otros. Sin lugar a duda, hace falta ejercitar la imaginación democrática, siempre que queden claros los principios que acoge: la concepción participativa-deliberativa de Cristina Lafont, la conversación entre iguales de Roberto Gargarella o la democracia abierta de Hélène Landemore abren rutas para instituciones novedosas.

Pienso el acceso a la justicia de modo amplio, no sólo en procesos ante instancias judiciales elevadas, sino en la justicia cotidiana frente a cualquier autoridad. Esta reconstrucción del papel político de la judicatura y otros procedimientos análogos a ella difiere de la lectura de los derechos como intereses particulares, y aúpa la noción de control democrático de las decisiones colectivas. Se interpreta junto con Robert Dahl o Pierre Rosanvallon, por ejemplo, que enfatizan las dimensiones de la participación y la oposición, la permanente disputabilidad de normas. Se vincula el acceso a la justicia con el poder constituyente permanente para recuperar una noción primigenia de la soberanía que no reposa en una abstracción del pueblo, sino en todos y cada uno de nosotros como reductos finales de la legitimidad. Cualquiera puede iniciar un proceso constituyente, siempre que se repercuta en un escenario propicio: una opinión pública activa, un parlamento abierto, una judicatura sensible o una burocracia eficiente. Esta propuesta no denota una noción libertaria de ciudadanía reñida con la política, sino que es compatible con ideales republicanos, socialistas, feministas, u otros. No existen razones para suponer que las fuentes del constitucionalismo sean homogéneas, ni antes ni ahora; de modo que hay que estar alertas sobre los compromisos que subyacen a sus textos y prácticas.

Es importante señalar que este instrumento será más versátil si participa del enfoque de las prácticas. Es decir, si no permanece atado al discurso constitucionalista que ha sido predominante en la doctrina y en la jurisprudencia. Aunque a este respecto se debe hacer una aclaración de importancia. De modo normal, doctrina y jurisprudencia son fundamentales. La labor de juristas profesionales y académicos es esencial en la delimitación del campo del debate constitucional, de sus principios y valores básicos. Mi proyecto no riñe con esta apreciación, pero recuerda los límites de la argumentación jurídica como una parte acotada de la argumentación práctica.

Cuando las sociedades disputan el núcleo esencial y los límites de los derechos, cuando entran en conflicto interpretaciones divergentes, entonces jueces, iusfilósofos y abogados quedan al nivel de la ciudadanía, pero ésta retiene una ventaja heurística: no está determinada por el discurso hegemónico y retiene cierta frescura que impulsa nuevas miradas; verbigracia: las mujeres recuerdan que lo personal es político y que sus cuerpos son su decisión; los afrodescendientes, que son personas (*I am a man*), y sus vidas importan (*Black lives matter; Hands up, don't shoot!*); las personas indígenas, que resisten; los migrantes, que ningún ser humano es ilegal; el colectivo LGBTIQ+ que permanecerá ("somos raros, acostúmbrense"), y los trabajadores precarios denuncian la flexibilización. Las personas perciben daños derivados de su situación, que de otra forma pasarían desapercibidos en las interpretaciones doctrinales de los derechos.

La gente actúa en el medio del derecho ordinario siguiendo en automático sus reglas: civiles, penales, familiares, laborales. Esto es bueno. Recurrir al derecho constitucional sugiere alguna duda o dificultad acerca de la validez de las normas. Esta situación, empero, no es excepcional, como cabría sospechar. En todas las normas jurídicas que causan extrañeza las personas realiza un juicio crítico metalegal, que puede ser más o menos explícito, desde el espacio de las razones morales o desde otras prácticas culturales, religiosas, económicas. Lo que se intenta al argumentar desde valores y principios constitucionales es encontrar un espacio de razones públicas que puedan acordarse por los participantes afectados.

Los problemas de orden personal a menudo tienen correlatos en la ciudadanía nacional y en el espacio cosmopolita. Kant fue consciente de que la reflexividad es una cualidad indispensable para moverse entre dichos ámbitos normativos. Éstos se entrecruzan, pero no son coextensos ni exigen las mismas cosas. Las personas tendrán que resolver qué reglas son idóneas para normar su conducta caso a caso; no se puede decidir *a priori.* Las instituciones internacionales de derechos humanos y democráticas en la región latinoamericana, como en el resto del mundo, configuran pautas de acción significando principios análogos al ámbito nacional: autonomía y autogobierno siguen siendo las únicas fuentes de legitimidad para los mandatos que puedan ser impuestos mediante sanciones, en el extremo con el uso de la fuerza. La globalización genera problemas cuyas dinámicas los Estados no son capaces de controlar. Regímenes de gobernanza económicos, financieros, comerciales o laborales, científicos o tecnológicos, impactan en las vidas de las personas sin que puedan evitarlo. Bogdandy y Venzke han discutido la necesidad de incorporar un enfoque de justicia en el orden mundial, en escalas diferentes y con estructuras de redes flexibles. En este ámbito,

Charles Beitz recupera el punto de vista de las prácticas: los derechos humanos constituyen una institución global compleja, multiactores y multinivel. Su enfoque busca hacer inteligibles sistemas de reglas que de otro modo quedarían capturadas bajo lógicas funcionales inmunes a la crítica. El espacio público y las instituciones cosmopolitas que tendrían la capacidad de lidiar con estos asuntos siguen siendo un proyecto con un horizonte lejano. No obstante, igual que en el plano de los Estados nacionales, se propone que el acceso a la justicia en el sistema interamericano sirva como esclusa entre estos regímenes y aquellos otros menos amables. Todos los derechos tienen una dimensión política adherida al estatus procesal activo de la ciudadanía nacional o cosmopolita, en términos de Peter Häberle. A pesar de ello, son afectados por instituciones económicas irresponsables ante los tribunales de justicia internacional, que han dispuesto sus propias instancias de solución de conflictos, capaces de subordinar a los Estados nacionales. La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sentencias, opiniones consultivas e informes, realizan enormes esfuerzos por controlar los efectos más graves de esos órdenes fuera de borda.

Sin embargo, pese a su expansión transfronteriza y la multiplicación de problemas que los tribunales tienen que enfrentar, sus formas normales de argumentación práctica quedan a deber respuestas en la dirección que el constitucionalismo reflexivo pretende. El constitucionalismo hegemónico, y en gran medida las cortes internacionales, han adoptado una comprensión individualista de los derechos que rezuma muchas veces libertarismo. Otras tantas, cuando las reglas son controvertidas, recurren a una forma de argumentación moralizante de valores que se supone los jueces están en mejor capacidad de conocer por las cualidades orgánicas que los cobijan. En el primer caso, relativo a la interpretación libertaria de los derechos humanos, es fácil apreciar sus sesgos. La doctrina sostiene que todas las categorías de derechos son importantes y que se deben interpretar de modo interdependiente; sin embargo, las garantías de los derechos de carácter civil como inmunidades tienden a primar sobre el resto. El Estado constitucional nace en el contexto de aparición de las economías de mercado y del capitalismo histórico, lo que hace difícil acomodar los derechos que las revoluciones socialistas y los Estados de bienestar de la posguerra impulsaron. Incluso la comprensión del significado de los derechos políticos resulta bastante limitada. En el segundo caso, en la argumentación neoconstitucional, iusmoralista o postpositivista el problema es la simplificación del debate público. Dado que sus defensores rechazan ajustarse a reglas positivas, se acude en muchas ocasiones a valores trascendentes a las Constituciones históricas. Suponen que existen normas materiales reales que no derivan del hacer hu-

mano, sino que son cognoscibles mediante el mero ejercicio de la racionalidad práctica. De esta forma, no son capaces de entender otras instituciones normativas con las que el derecho convive e intenta regular. A lo largo del trabajo se defiende que conocer estas reglas no implica asumir sus imperativos acríticamente, sino comprender sus lógicas particulares para encontrar formas de intervención legítimas y eficaces. Se recuerda que los derechos humanos y la democracia son gramáticas ciudadanas de las que no cabe renunciar al evaluar sus fines. En todo caso, se insiste en la importancia de que tribunales y juristas dialoguen con los saberes humanísticos y sociales: filosofía, antropología, psicología, ciencia política o sociología. Asimismo, que conozcan diversos paradigmas filosófico-políticos, teorías de la justicia y de la legitimidad, con miras a elucidar el sentido de las prácticas donde se debaten y controvierten derechos. De otro modo, el acceso a la justicia constitucional mantendrá una puerta estrecha, y es de temerse, una conservadora.

Si se sintetizan todas estas cuestiones para dar con la especificidad del constitucionalismo reflexivo, cabría destacar el papel de la filosofía social a un costado de la filosofía moral, política y jurídica, para seguir y criticar las normas relativas a asuntos públicos, especialmente sobre derechos y democracia. En este contexto, se requiere averiguar las condiciones de la integración social, que no dependen exclusivamente de las Constituciones, sino además de la economía, de la cultura, de los desarrollos científicos y tecnológicos. Sin este punto de vista, creo que la filosofía práctica pierde un asidero realista, lo que no tiene nada que ver con adoptar un enfoque descriptivo, frente a otro normativo. Trato de expresarlo de forma directa: cuando las personas discuten, pueden adoptar al menos dos actitudes: una inocente, desprevenida y espontánea, según la cual la forma propia de percibir el mundo equivale a su realidad y naturalidad, junto a otra escéptica. Esta no tiene que ser nihilista o relativista, sino falibilista; debe confiar en la constitución pública e intersubjetiva del mundo, algo que las ciencias sociales y humanas enseñan desde tiempo atrás. Este es el uso de la expresión "reflexividad" que propongo. Tal vez genere un imperativo exigente, pero es ineludible.

Sobre la estructura del libro

En el capítulo primero propongo una noción de constitucionalismo reflexivo basada en el enfoque de las prácticas. Éste proviene de la filosofía social, y tiene un ascendiente importante en el pragmatismo. Sin embargo, contra lo que se suele creer, no implica una perspectiva conservadora de las normas.

En la filosofía política, John Rawls, Jürgen Habermas o Carlos Santiago Nino han adoptado aspectos pragmáticos importantes sin sacrificar su mirada crítica. El objetivo es pensar los derechos y la democracia, apartados dogmático y orgánico de las Constituciones, desde el punto de vista externo al derecho, a su práctica profesional, académica o jurisdiccional; pero sin perder de vista el sentido que tienen para sus participantes. Se tienen en cuenta para ello puntos de vista de personas informadas por otros saberes disciplinares, con conciencia de la complejidad y la pluralidad sociales. Por supuesto, el significado de las normas no es indeterminado, pero tampoco se sujeta a la autoridad de los órganos estatales ni a la erudición de los iusfilósofos. El derecho constitucional es el ámbito natural de la acción pública, donde lo habitual es la conformidad, pero siempre cabe disentir: por eso el énfasis en la idea de libertad. En no pocas ocasiones la crítica transforma el sentido de una norma fundamental, y esto ocurre sin siquiera mudar su texto. Cuando se reclaman derechos (autonomía) y democracia (autogobierno) muchas veces dicha crítica viene en el lenguaje de los intereses, necesidades, daños o injusticias; de ahí la referencia a una forma de ecumenismo.

En el segundo capítulo exploro el valor de la igualdad que las Constituciones ayudan a visibilizar. La igualdad se asocia sobre todo con los derechos económicos, sociales y culturales. También desde el punto de vista de las prácticas se revisan las normas que implantan este tipo de derechos en el entorno institucional. Aunque se asume la autoridad superior de la Constitución, no se logra controlar la vida pública por mera estipulación. Un sinnúmero de instituciones con funciones especializadas —mercado, finanzas, cultura, ciencia— compiten en asuntos relacionados con la integración del orden social comprometiendo aquel valor. En la sociedad moderna no es verosímil que una sola práctica tenga poder para imponerse al resto. Sin embargo, el constitucionalismo reflexivo propone que los derechos y la democracia tienen cierta capacidad de influir en toda institución conocida, cualesquiera que sean sus fines. Particularmente se discuten algunas prácticas económicas y culturales cuya importancia no se debe soslayar. En la medida en que este enfoque asume la calidad de agentes de sus participantes, toda regla admite la adopción de posiciones prácticas; éstas no se siguen mecánicamente —aunque gocen de superficial conformidad—. Se observa que, a diferencia de los valores liberales y republicanos, los ideales socialistas no han conseguido modelar las reglas fundamentales del orden constitucional. Tampoco se han considerado del todo las implicaciones de la crítica multicultural. A pesar de que este dato es bien conocido, la perspectiva de las prácticas visibiliza la complejidad de las instituciones que afectan la vida material, el bienestar y la inclusión, e

indaga rutas para que la participación tenga la capacidad de ajustar las reglas en su interior. Esta mirada va más allá de la judicialización o del costo de los derechos, que es más conocida.

En el tercer capítulo abordo la noción de poder constituyente, pero en un sentido singular y acotado. No me ocupo de procedimientos formales de reforma ni tampoco de movimientos revolucionarios que históricamente lograron ese objetivo. En consistencia con el enfoque de las prácticas, señalo una en particular, que interpreto como incardinando ese poder: el acceso a la justicia. En ella se cruzan los derechos y la democracia, porque alienta la participación igualitaria y la oposición incluyente. No me enfoco en procesos de carácter constitucional, tipo *judicial review*, acciones de inconstitucionalidad de leyes, controversias entre órganos o juicios de tutela, como el amparo, sino en toda instancia capaz de irritar a la autoridad para dar una justificación pública. Aunque no todo reclamo es constitucional *per se*, casi cualquiera puede llegar a serlo, siempre que se elabore con una perspectiva adecuada. Piénsese, por ejemplo, en la constitucionalización del derecho familiar, patrimonial o de daños. La intuición es sencilla: toda persona ha de contar con una llave para detonar un proceso constituyente de forma simple trasladando al régimen la responsabilidad de traducir sus demandas particulares. No me interesan exclusivamente los resultados exitosos, si ocurrió una transformación del sentido de los derechos o la democracia, sino la disrupción, el ruido que causan las novedosas formas de interpretar los valores de la Constitución. La reflexividad viene de la confrontación, es pública. Aunque el cierre provisional de las discusiones es indispensable, es importante apreciar el conjunto con una mirada diacrónica, de mediano y largo plazo, así como visibilizar los circuitos de intercambio entre espacios públicos formales e informales; entre prácticas muy diversas que el orden jurídico ha de traducir a su gramática para convivir con ellas en una doble dirección de ajuste. No dudo que existan vías alternas para motivar el cambio constitucional: sociedad civil, partidos, sindicatos o movimientos sociales. Parece, empero, que el cambio suele depender de circunstancias de crisis, de la extensión e intensidad expresiva de las demandas, protestas o resistencias; y éstas necesitan capacidades que muchas veces son difíciles de adquirir o desarrollar —capital social o político—. De modo que la vía del acceso a la justicia es interpretada como básica, pero no por ello menor, y señalo cómo debe ser interpretada para alentar mayor criticismo y reflexividad judicial. Por esta razón, al final del capítulo hago referencia a zonas limítrofes del derecho público, defendidas tantas veces por el derecho penal, cuando se desafían abiertamente sus extremos; es decir, no con motivaciones antisociales ocultas.

El capítulo cuarto extiende la reflexión de la autonomía y el autogobierno al sistema interamericano de protección de los derechos y la democracia. Dada la complejidad y la pluralidad de los órdenes jurídicos actuales, la legitimidad afincada en Estados nacionales resulta cada vez más cuestionada. El concurso de las soberanías, mercados, finanzas y responsabilidades planetarias comunes, como medio ambiente, paz, desarrollo, desigualdad o pobreza, generan problemas de índole diversa. Se recuerda que la facultad de juzgar atraviesa la moral personal, la ciudadanía nacional y cosmopolita. Igual que en el capítulo previo, destaco el acceso a la justicia, pero en el contexto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y subrayo su naturaleza política y participativa con independencia de la materia que se reclame. El acceso a la justicia no depende de ningún otro derecho sustantivo, sino que otorga un estatus que traslada un imperativo de justificación al orden jurídico, en este caso global. Lo que se propone es un marco interpretativo de la práctica judicial internacional, consistente con la lectura del papel político de los jueces en sede constitucional. Se insiste con ello que la democracia alienta mayor participación y oposición. Como el sistema se activa en momentos de conflicto, conviene retener como estrategia heurística las posiciones de los agentes en litis para evaluar la capacidad efectiva del sistema de comunicar demandas y procesar respuestas justificadas públicamente.

El capítulo quinto trata de la argumentación constitucional, con el propósito de indagar su aptitud para hacerse cargo de las condiciones presentes de complejidad y pluralidad en la que se desenvuelven los derechos humanos y la democracia. Recuérdese que la idea genérica es que estas instituciones dan forma a los ideales de autonomía y autogobierno. Sin embargo, no deben estar sujetas exclusivamente a lo que los órganos públicos determinen. La ciudadanía confronta las nociones hegemónicas de los derechos y del régimen político cuando ve amenazadas sus libertades o el trato igual prometido. Las personas ingresan a un espacio de razones más amplio que la dogmática y la jurisprudencia. Se reconoce su importante tarea y su prevalencia en los momentos de normalidad, pero no es inusual que surjan conflictos en el solapamiento del derecho con otras prácticas que no fueron desarrolladas con la gramática constitucional. Piénsese en la familia, en la economía, en el poder burocrático o en la tecnología. En estos casos es un error frecuente de los tribunales recurrir de inmediato al universo moral cuando la conversación pública alrededor del derecho positivo se interrumpe en los escenarios de desencuentros profundos. Es un retroceso de la complejidad y una supersimplificación injustificada de los discursos prácticos que se vuelven incapaces de aprehender la realidad. En síntesis, es una falta

de reflexividad del sistema que conlleva una amenaza conservadora y perfeccionista de los valores hegemónicos de ciertas elites.

El capítulo sexto es una síntesis que recuerda la influencia de las Constituciones en ciertas prácticas sociales que afectan a las personas sin estar sujetas a un estricto control. Se trata de instituciones que, aunque se solapan con el derecho, su normatividad se desarrolla fuera de valores constitucionales, con principios autorreferentes, como el régimen patrimonial, laboral, mercantil o fiscal. El proyecto constitucional tiene dos dimensiones: una dogmática (los derechos humanos que son base de la autonomía personal) y una orgánica (la democracia que habilita el autogobierno en los contextos colectivos). Las prácticas que no rinden cuentas en estas dimensiones constitutivas de la acción suelen ser injustas. Sin embargo, a veces se asume que no pueden ser transformadas porque son soporte material de la sociedad. Se trata de repensar estas situaciones en clave constitucional como filosofía pública de la ciudadanía, no exclusiva del gremio de juristas. De aquí el imperativo de la reflexividad: una racionalidad práctica para dialogar y actuar. A través de la noción de acceso a la justicia como derecho llave, como derecho a tener derechos, permanece vivo el poder constituyente. Éste solamente se hará efectivo en un espacio público abierto, con múltiples sensores, esclusas y cajas de resonancia. Puede atravesar los órdenes nacionales, como en nuestra región latinoamericana, que dispone de un sistema en red que hace de la participación democrática el núcleo de las transformaciones normativas. A través de las voces de personas y grupos en situaciones de daño se instituye un modelo de racionalidad práctica que en las sociedades complejas no se puede asimilar a las razones morales. El constitucionalismo debe conocer los procesos de diferenciación, y la argumentación constitucional es un canal mediante el que se ejerce la crítica. Pero no se deben perder de vista los roles de los participantes, como trabajadores, consumidores, contribuyentes, ni las identidades de género, étnicas, raciales y religiosas. La ciudadanía atraviesa todos estos roles, y gracias a la aptitud de juzgar reflexivamente, de tomar distancia de ellos, es que pueden ser parcialmente resistidos y subvertidos. La gramática constitucional de los derechos humanos y la democracia visibilizan la dimensión social y pragmatista que está a la base del trabajo.

Capítulo primero

CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO Y LIBERTAD

Acerca del constitucionalismo en la actualidad se ha pensado mucho. Existe una enorme cantidad de literatura sobre el tema, que puede llevar a creer que todo ha sido dicho ya. No obstante, del mismo se han ocupado sobre todo estudiosos del derecho: juristas prácticos y iusfilósofos, aunque cada vez más se vuelve asunto de atención para filósofos políticos y morales, y para otras disciplinas sociales. Esto se debe en una gran medida a la prominencia de la idea de derechos humanos como la expresión que mejor vehicula los intereses fundamentales de las personas. El consenso alrededor de la categoría derechos se pone de manifiesto en la extensión casi global de la forma jurídica de las Constituciones en el mundo. Es a través de su lenguaje como se formula la mayoría de los reclamos de autonomía en el espacio público. Aunque las concepciones paradigmáticas de la justicia —liberalismo, utilitarismo, socialismo, republicanismo— no tenían como tema principal la noción de derechos del mismo modo que la doctrina los consigna tras el proceso de internacionalización posbélico, se notan desarrollos paralelos e influencias recíprocas entre los defensores de los valores de libertad, igualdad y solidaridad de un lado u otro de las discusiones.[1]

Algo semejante se puede decir en relación con la democracia, cuyas crisis cabe interpretar más bien como demandas por mayor democratización de la vida pública: lo que en realidad se discute es cuál sea el modelo que mejor satisfaga los intereses y demandas materiales de las personas. Compiten en esta discusión los paradigmas de democracia representativa, participativa, deliberativa o popular. En forma intuitiva la democracia remite al problema del autogobierno: al poder de autodeterminación en público. En las sociedades modernas los individuos se miran como agentes, no como sujetos pasivos. Igual que los derechos, el régimen democrático se inscribe en el núcleo del constitucionalismo como una institución básica, con independencia de cómo se pueda definir. Aunque los juristas suelen pensar en esta

[1] El debate del constitucionalismo cobra centralidad tras la Segunda Guerra Mundial, pero sus temas principales se reconocen desde las revoluciones de los siglos XVII, XVIII y XIX (Häberle, 1998).

dimensión en torno al poder y sus límites, conviene visibilizar los resortes de la agencia y de la participación ciudadana, los canales a través de los que circulan las libertades.[2]

No es exagerado entonces decir que el constitucionalismo es la orientación prevaleciente en la teoría y en la filosofía del derecho (Ferrajoli, 2014: 9). Con independencia de cómo se definan doctrinalmente, tanto en espacios académicos e institucionales como en la esfera de la opinión pública informal, los problemas constitucionales son de suma actualidad y de interés general.[3] Las Constituciones actúan realmente en un sinnúmero de prácticas con la calidad de normas, como razones para la acción de las personas. Los derechos y la democracia están en el centro del proyecto constitucional. La ciudadanía, en forma paralela a lo que sucede en las instituciones estatales o en la academia, participa todos los días en infinidad de prácticas, en donde sus principios y valores tienen incidencia profunda, en todos los ámbitos: economía, ciencia, cultura. La gente se familiariza con los usos constitucionales abriéndose una mirada crítica del orden social y de sus mecanismos de integración. Bajo la lógica de los derechos humanos se adquiere un mejor entendimiento de la autonomía, entendida como libertades y capacidades (Sen, 2000; Nussbaum, 2012), y el régimen democrático refiere el autogobierno de las personas en público. El Estado constitucional dispone un escenario para los individuos con las condiciones adecuadas para una modernización reflexiva. Esta noción connota el sentido de que las personas son aptas para orientarse en entornos complejos, y de convivir en contextos de pluralidad (Beck, Giddens y Lash, 1997; Beck, 1998; Giddens, 1999,

[2] En el sentido de O'Donnell (2010), la agencia es la capacidad de lograr los planes de vida propios, incluso a través de los medios institucionales. El ideal del autogobierno está presente también en autores que cabría clasificar bajo la democracia minimalista o procedimental (Przeworski, 2010), o en el proyecto de la democracia deliberativa (Lafont, 2021; Gargarella, 2021a). En Habermas (1998a) aparece en la noción de autonomía pública, junto a la privada.

[3] La expresión "neoconstitucionalismo" de Pozzolo (2018) permite caracterizar rápidamente esta orientación. Aunque hay importantes distinciones teóricas y prácticas entre los defensores del proyecto constitucionalista, ahora no entro en detalles. Basta decir que el paradigma rechaza soluciones formalistas en relación con las leyes y denuncia el déficit de legitimidad democrática de los representantes. Sintéticamente: el derecho brinda razones internas para actuar, morales o justas. Esto significa que la teoría constitucional es normativa y comprometida, no es neutral, lo que implica adoptar el punto de vista de los usuarios del derecho sin allanarse a sus meras preferencias. Como es antiformalista, su sustancia se persigue mediante teorías interpretativas que asumen valores en una práctica social sujeta a criterios objetivos como universalidad y racionalidad. Asimismo, Carbonell y García Jaramillo (2010), Carbonell (2003, 2007).

2000a; Thiebaut, 1998).[4] Por lo tanto, la Constitución y las instituciones que ella genera o acoge son un buen asidero para tratar de alinear la filosofía social con otras ramas de la filosofía práctica, como son derecho, moral o política.[5] Recupero la crítica de Gargarella (2020, 2021), de que hace falta ajustar la teoría social del constitucionalismo, que ha quedado obsoleta. Las sociedades no son simples, homogéneas, ni tampoco las personas solo autointeresadas.

El propósito entonces es hallar una teoría social adecuada a los problemas del constitucionalismo que sea consistente con los ideales normativos que la filosofía política y jurídica le atribuyen. Se trata de buscar una filosofía práctica que no sea ingenua en relación con los órdenes modernos, plurales y diferenciados, y que no se allane ni ceda las responsabilidades de sus sujetos. Las Constituciones deberían fungir como cartas de navegación (Nino, 1992: 1) para la participación y la crítica pública.

Para ello, el trabajo propone una comprensión reflexiva de las Constituciones que destaca su carácter abierto y dinámico como un proyecto en construcción (Forst, 2014).[6] Coloquialmente, la Constitución es un conjunto de normas contenidas en los textos y en las instituciones fundamentales de una sociedad. Sólo mediante el consenso alrededor de ese conjunto de normas la sociedad se puede reconocer como una comunidad política. Con el uso de la expresión "normas" como razones internas para la acción, destaco el sentido práctico básico de las Constituciones en relación con las personas cuya autoría reconoce, que también son sus destinatarias (Raz, 1991). Toda norma señala algo que se debe hacer: su eficacia depende de comprender las conductas que prescriben, permiten o rechazan.

Las Constituciones, entendidas como normas, asumen como uno de sus presupuestos la participación de las personas afectadas por ellas. Esto no

---

[4] Se trata de un ideal ilustrado: cómo hacerse cargo de la autonomía mediante el uso público de la razón, frente a sus usos privados. Kant (1992).

[5] Kitcher (2021) señala que el progreso moral configura un nuevo grupo (*clusters*) de instituciones sociales con características especiales: discusiones colectivas más inclusivas, mejor informadas y participantes dispuestos a considerar las perspectivas de los otros. En este texto, derechos humanos y régimen democrático aportarían estas cualidades para el aprendizaje político-moral. Si usamos los términos de Jaeggi, el constitucionalismo reflexivo configuraría una "forma de vida" particular que posibilita el criticismo. Se trata de un proyecto ético, y también de filosofía social. Las formas de vida "son haces (o conjuntos) complejos de prácticas sociales encaminadas a resolver problemas que, por su parte, están históricamente contextualizados y normativamente constituidos" (2018: 29).

[6] Este uso de la noción de reflexividad es cercano a Forst, quien subraya que la perspectiva de los participantes en prácticas es normativa, evaluativa. No se puede separar por completo la justificación fáctica y contrafáctica; cada situación concreta puede ser revisada a la luz de un punto de vista más amplio (2014: 83).

implica que a todas se atribuya *de facto* el mismo trato en sus arreglos originales, ni tampoco una autoridad incontestable para influir en sus desarrollos futuros. Sin embargo, este enfoque visibiliza en primer lugar quiénes sean los autores-actores de las normas, y las circunstancias en las que esto se hace posible. Al mismo tiempo que las normas constitucionales determinan los contenidos (qué) y los procedimientos (cómo), también deben definir a las personas legitimadas para participar en su elaboración (quiénes). Por ello, se asume como su núcleo normativo los principios de autonomía (derechos humanos) y autogobierno (democracia, soberanía popular). Estos dos extremos se cruzan con dos temas fundamentales de la filosofía política: las teorías de la justicia que caen comúnmente del lado de los derechos, y las teorías de la legitimidad, del lado de la democracia.

Una lectura reflexiva de la Constitución conduce a repensar los procesos y productos constituyentes como prácticas sociales contingentes e históricas para elucidar, más allá de las normas de justicia que declaran, el tipo de relaciones y de circunstancias que influyen en su configuración. Esta tarea posee enorme significación práctica. Al eludir el lenguaje de la dogmática jurídica o el lenguaje funcionalista de los hechos sociales, como de las estructuras o de los sistemas, se pretende evitar que las explicaciones queden desarraigadas de la comprensión de las personas que deben saber cómo actuar responsablemente respecto de todas las normas y enfrente de los demás (Lamo de Espinosa, 1990).[7] Se piensa en los usuarios finales del sistema jurídico, no en los intermediarios abogados, jueces o filósofos del derecho: constitucionalistas somos todos (Arballo, 2022: 20).

La conversación y la crítica constitucional son asuntos de permanente actualidad, porque las personas siempre son influidas por normas que restringen o amplían en su propio punto de vista sus derechos, libertades u oportunidades. En la medida en que perciban esas afectaciones como injusticias en forma de dominación, explotación o exclusión, o sea, como déficits para ejercer esos atributos, impugnarán la legitimidad de las normas que consientan tales resultados y demandarán su justificación. Aunque la gente se puede equivocar al interpretar dichas normas y las circunstancias de su aplicación, toda Constitución debe brindar instancias de revisión, junto a otras garantes, para juzgar sus eventuales desperfectos. La disposición del sistema para responder al malestar de las personas, más allá de su objetividad y sensatez, es una cuestión primordial.

---

[7] El paradigma estructural-funcional en teoría social dio lugar a múltiples enfoques opuestos que visibilizan la dimensión agencial-reflexiva: etnometodología, fenomenología, interaccionismo simbólico, elección racional, acción comunicativa, enfoque social de las prácticas.

Una adecuada teoría constitucional debe atender la cuestión de la complejidad, hacerla inteligible sin simplificaciones que deformen la realidad u oscurezcan vicios que acarrean daños (Innerarity, 2020).[8] En el medio constitucional se han de procesar las consecuencias no intencionadas, no transparentes e imprevisibles de prácticas sociales con códigos propios, como pueden ser las finanzas, el mercado, el empleo, la seguridad o el medio ambiente. De manera que se transite de la percepción de infortunios fatales, de la mala suerte, a la comprensión de la injusticia, que se vuelve un resorte de la acción (Moore, 1996; Shklar, 2013; Young, 2013).

Además de la complejidad, no se debe olvidar la pluralidad. Esta revela el potencial disruptivo de los desacuerdos ante las Constituciones y sus normas. Con la idea de reflexividad aliento un sistema de alertas contra las exclusiones, "*cajas de resonancia* del disenso que no degeneren en simples *cámaras de eco* de los consensos mayoritarios" (Greppi, 2022: 148). Se trata de la capacidad constitucional de autocrítica;[9] de un proceso reflexivo de doble vía, en el que primero se establecen los principios constitucionales y luego se está pendiente de que tales principios guíen de hecho la discusión sin dejar a nadie afuera. En todo caso, empero, se debe tomar conciencia de las expectativas realistas de participación de las personas dada la complejidad de los asuntos técnicos, científicos o económicos, y de sus dimensiones locales, nacionales o globales.

Pero las Constituciones no son sólo un reflejo de la realidad, sino también son proyectos: tienen una dimensión planificadora que anticipa futuros deseables; se refieren a lo políticamente significativo (Häberle, 2020a: 58). La reflexividad implica la apertura de mundos posibles para motivar la acción; para dotarla de razones ante la contingencia y la pluralidad de la vida pública (Ferrara, 2014: 37). De todos modos, conviene no incurrir en ese vicio típicamente asociado con la filosofía, que Blumenberg (2000) desarrolló con el episodio de la risa de la mujer tracia con Tales de Mileto, quien por mirar el cielo estrellado hubo de caer en un pozo.[10]

---

[8] Al analizar el populismo, Rosanvallon previene contra el conspiracionismo y las teorías del complot como instrumentos que cumplen una función cognitiva y psicológica simplificadora: buscan restaurar la coherencia en un mundo que se percibe como indescifrable y amenazador. Detrás del caos aparente se esconderían poderes perfectamente racionales (2021: 73-77).

[9] Dice Pereda: "Una tradición, una sociedad o una institución tendrán tantos grados de racionalidad como mecanismos para producir situaciones de argumentación. Los mecanismos incluirán procedimientos públicos para detectar perplejidades, conflictos y problemas, así como espacios y condiciones para elaborarlos (por ejemplo, sindicatos, diarios… y sus presupuestos: libertad de reunión, libertad de prensa…)" (1994: 46).

[10] Gomes Canotilho recupera el texto magistral de Blumenberg curiosamente en un trabajo cuyo subtítulo refiere un "constitucionalismo moralmente *reflexivo*", con intuiciones análogas a las que aquí se tratan (1995).

El capítulo se divide en cuatro secciones. En la primera expongo en qué sentido se debe interpretar la reflexividad respecto del constitucionalismo. Para ello, asumo el enfoque de las prácticas desarrollado en el ámbito de la filosofía social.[11] Este enfoque permite elaborar una noción de la acción susceptible de ser adaptada a categorías normativas de la filosofía práctica moral, jurídica o política, que refieren las condiciones para ejercer la autonomía y el autogobierno, y que es consistente con una noción de saber y de justificación de la epistemología contemporánea (Sosa, 2009). El objetivo es visibilizar la perspectiva de las personas en el trato con las instituciones relativas a derechos humanos y democracia. Desde el punto de vista de los participantes, todos los sujetos —gobernantes, expertos y ciudadanos— enarbolan pretensiones públicas que deben ser justificadas en sus propios términos, en escenarios diversos que no están estrictamente delimitados por las instituciones jurídicas formales. Nadie posee autoridad indisputable para interpretar la Constitución. En la tarea de realizar sus principios y valores están en el mismo plano práctico todas las personas afectadas por las normas, aunque participen con diferentes roles. Toda persona es responsable frente a los demás. Lo importante es retener a la Constitución como un elemento central del diálogo ciudadano.

Lo anterior no implica negar la existencia de saberes dogmáticos que auxilien en la comprensión de las normas constitucionales. Este tipo de saberes buscan ofrecer una mirada objetiva. Sin embargo, las personas pueden adoptar diferentes actitudes ante tales saberes: consentir con ellos o desafiarlos. En ambos casos esas actitudes repercuten en el seguimiento de las normas y afectan su sentido regular, aun cuando se consienta con ellas.[12] Cuando está al alcance de los agentes, el conocimiento brinda una distancia que permite adoptar conductas instrumentales y estratégicas. En el seguimiento de normas puede haber errores y desaciertos, pero mientras no se niegue la calidad de participantes a sus sujetos la continuidad de las prácticas demanda un posicionamiento interno de jugadores y espectadores en

[11] John Rawls tiende un puente al enfoque de las prácticas de Wittgenstein en *Two Concepts of Rules* (1999). Forrester (2019: 18) señala esta influencia por su estancia en Oxford, donde se desarrollaban las tesis de J. L. Austin, E. Anscombe, P. F. Strawson, H. L. A. Hart, R. Hare o G. Ryle. He revisado esta cuestión en Sahuí (2017).

[12] Dice Sastre Ariza: "con la expresión «dogmática jurídica» se acentúa la externalidad del derecho en el sentido de que aquella se ocupa de un objeto que se impone «desde afuera» a los juristas, del mismo modo que los dogmas se presentan como cuestiones indiscutibles al discurso de los teólogos… Me parece acertado remarcar el carácter externo del derecho si a renglón seguido se insiste en que se incardina en una práctica en la que, al mismo tiempo, es construido en un juego de interpretaciones y comportamientos", "Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica" (2006: 160).

cada movimiento. Se admitan o no las "jugadas", se deben justificar las sanciones que correspondan. Muchas veces hasta este momento salen a la luz algunos sentidos novedosos de las normas, que antes pasaban desapercibidos.

En la segunda parte defiendo que los derechos humanos y la democracia, comprendidos como prácticas en curso, aportan el conjunto de normas que realizan autonomía y autogobierno. Estas prácticas básicas no se agotan en el texto constitucional ni en la doctrina o en el funcionamiento de los órganos estatales. Toda disposición influye y es influida por la ciudadanía. Complejidad, pluralidad, contextualismo y globalidad dan pauta para adoptar una actitud reflexiva ante cualquier norma. Por esta razón, aunque las personas estén a favor de los ideales constitucionales, es posible que persistan desacuerdos sobre el sentido de algunas normas. A menudo no son radicales y derivan de sus fórmulas de implantación. En esos casos cabe realizar ajustes menores a las reglas en disputa. Pero en otras ocasiones surgen conflictos que ponen en jaque su significado y comprometen su permanencia.

No hay que ser relativista ni demasiado escéptico para darse cuenta de la dificultad de lograr nociones unívocas de los derechos y del régimen democrático que abarquen todos los sentidos imaginables. La reflexividad previene contra la adopción acrítica de determinados desarrollos normativos, como si una experiencia constitucional exitosa debiera ser mecánicamente instrumentada o replicada. Aunque, por supuesto, existen instituciones modélicas del Estado constitucional, se debe subrayar que no es fácil importarlas en contextos disímiles a aquellos en donde surgieron. Esto no significa dejar de reconocer las virtudes del diálogo abierto como motor de los procesos públicos de aprendizaje.

Al tenor de lo dicho, en la tercera parte propongo reconsiderar ciertas aproximaciones ecuménicas[13] a los derechos y a la democracia para incentivar alianzas públicas basadas en motivos pragmáticos, en parecidos de familia y equivalencias funcionales, en tradiciones comunes, o en fines concordantes. Sin desconocer que puedan existir problemas entre las distintas concepciones de justicia que subyacen a las teorías de los derechos y democráticas, interesa defender que los usos corrientes de estos ideales en el espacio público —ilustrados, ingenuos o radicales— frente al sistema constitucional configuran una práctica social digna por propios méritos.

Lo que quiero decir es que si se admiten los presupuestos normativos implícitos en los derechos y en la democracia que tratan de la autonomía y del autogobierno de las personas, entonces no cabe rechazar *a priori* la

[13] Tomo la expresión de Lafont (2020: 16).

legitimidad de demandas sociales expresadas en múltiples formatos. Cualquiera que sea el modo que adopten, todas demandan una respuesta y una justificación pública. Si *a posteriori* han de ser desechadas, esto sólo puede ocurrir mediante razones. Aunque no se desarrollan en extenso, se insinúan ciertas pautas para tratar reclamos y movimientos radicales de crítica, protesta y resistencia. Muchos no confían en el lenguaje de los derechos humanos o en la democracia ni en sus interpretaciones hegemónicas. Pero en la medida en que se pueda apreciar la honestidad de las luchas y la inteligibilidad de sus relatos, conviene en términos prácticos explorar creativamente nuevos arreglos constituyentes, más imparciales y justos, incluso de mero compromiso (Rostboll y Scavenius, 2018). Para quienes este tipo de propuestas quedan por debajo de lo moralmente admisible, habría que solicitar alternativas que ejerzan menor violencia contra las expresiones disidentes. Como manifiesta Nino: la democracia es el mejor sustituto del discurso moral sobre las cuestiones que importan a la gente, ya que sin la aprehensión de sus reglas nadie estaría dispuesto a transigir en relación con aquéllas (1989a: 387-400).

El constitucionalismo reflexivo se distingue de ciertas versiones del constitucionalismo deliberativo que insisten en la capacidad racional de lograr consensos universales a través de procedimientos que abstraen las condiciones contextuales y figuran participantes ideales. En sus versiones modélicas, los tribunales desempeñan un papel determinante como paradigmas de la razón pública (Dworkin, 2007, 2012; Rawls, 2006). También se deslinda del constitucionalismo político o popular que destacan el carácter mayoritario y pluralista de la política (Waldron, 2005, 2018; Bellamy, 2007; Kramer, 2004; Tushnet, 1999). En el constitucionalismo reflexivo ningún consenso se tiene como definitivo: ni ideal ni real; por lo tanto, presta poca atención al contenido de las normas de cada comunidad política y no se adhiere a un único tipo de procedimientos. Aunque aprecia el cumplimiento de las reglas, entiende bien que las motivaciones y los juicios de valor admiten infinidad de fórmulas; y por ello propone no caer en el fetichismo de las instituciones:[14] las nociones abstractas carecen de expresiones necesarias; se

[14] J. Parkinson sostiene que se debe resistir la tendencia de equiparar el constitucionalismo deliberativo con un tipo particular de técnicas. Muchas aproximaciones se hicieron elitistas pensando en cuestiones abstractas e hipotéticas, más que en la emancipación y el empoderamiento ciudadano (2018: 246). También Pereda emplea esta expresión: "No olvidemos, sin embargo, la crítica al formalismo político: esa «promesa» de justicia que introducen las leyes constituye algo más que un agradable fetiche si detrás de ella encontramos instituciones sociales que funcionan, una cultura profundamente arraigada sobre su valor y una opinión pública que la avala" (1994: 131).

desarrollan en direcciones diversas. El seguimiento de normas positivas, aun las fundamentales de la Constitución, no exige adhesión moral o interna. Basta ajustar nuestra conducta a sus imperativos pragmáticos. Esto no supone una actitud cínica, hipócrita o nihilista ante las normas, ya que se puede justificar por una disposición reflexiva acerca de las propias creencias.

En la cuarta sección se recupera una idea de Jürgen Habermas sobre el papel de la filosofía como vigilante e intérprete. Este papel es atribuido a las Constituciones a través de las multicitadas normas sobre los derechos y la democracia como son apropiadas por la gente: como participantes hábiles en esas prácticas. La relevancia de la propuesta está en la revaloración de la complejidad y en la pluralidad de las instituciones que podrían configurar una sociedad justa. En lugar de enfocar principios y valores abstractos, se iluminan los circuitos de apertura de las prácticas constitucionales, y se denuncian los callejones sin salida y los obstáculos a la participación de la ciudadanía. Con la noción de reflexividad se hacer énfasis en la dignidad primigenia de las personas en cualquier situación para poder criticar cualquier norma que les cause extrañeza, inquietud o daño.[15] El propósito es significar los atributos de las Constituciones como señales o luces de advertencia de injusticias para movilizar cambios a escala humana (Ackerman, 1999). Contra estas metáforas en el espacio público actual circulan otras de rostro menos amable, que frustran el diálogo antes que alentarlo: elitismo y partidocracia; captura empresarial de los parlamentos y los medios de comunicación; las "cámaras de eco", los "filtros burbuja" o las "espirales de silencio" de las redes que prometían una participación horizontal y efectiva (Sunstein, 2003, 2020; Pariser, 2017; Vaidhyanathan, 2011, 2018; Bail, 2021). En intercambio con ellas, las Constituciones deben generar dinámicas abiertas, plurales e incluyentes.

I. Constitucionalismo reflexivo: el enfoque de las prácticas

Se suele asignar el nombre de Constituciones a los textos normativos fundamentales de las sociedades. En lugares que no tienen Constituciones escritas es posible reconocer determinadas instituciones que indican los valores, prin-

[15] Me gusta cómo lo expresa Uranga: "La acción reflexiva es frente a la irreflexiva más segura y más lúcida, precisa los objetivos de su obrar, y puede elegir adecuadamente los medios para conseguirlos. La reflexión es además una empresa de responsabilidad mientras que lo espontáneo rehúye frecuentemente toda cuestión referente a responsabilidades y deberes" (2013: pos. 2438)

cipios, directrices y reglas primordiales (Walters, 2016). Las Constituciones plasman una serie de órganos y disposiciones que pretenden conducir las acciones colectivas en las que participan actores sociales en infinidad de roles y posiciones. En este sentido, las Constituciones se comprenden como marcos que delimitan los términos de la convivencia, pero también como canales mediante los que se encauzan conflictos y desacuerdos. Por esta razón, se suele asumir que las Constituciones deben trascender las luchas políticas corrientes y no quedar a expensas de la voluntad mudable de mayorías o minorías.

A diferencia de otras normas secundarias, como leyes, reglamentos, decretos, cuyas disposiciones pueden ser ajustadas con la dinámica del cambio social, los imperativos constitucionales se valoran por su estabilidad y capacidad de resistir las contingencias del entorno y del normal juego político. La importancia superlativa de los bienes y valores constitucionales justifican una apreciación conservadora de sus normas. Aunque el cambio constitucional es posible, luce mejor avanzar con cautela mediante procedimientos complejos o supermayoritarios. El problema con esta forma de ver las cosas es que, debido a las circunstancias de opresión, exclusión, marginación, pobreza o violencia, quienes más urgencia tienen de los cambios suelen ser los menos capaces de lograrlos a través de tales dispositivos.

El núcleo normativo constitucional se refiere a la autonomía y al autogobierno de todas las personas. Derechos humanos y régimen democrático representan fórmulas a través de las que las Constituciones pretenden generar capacidades para ser agentes responsables, para hacer participar a su ciudadanía de sus metas. Una mirada histórica comparada de las Constituciones permite captar diversas formas de implantar sus valores. Múltiples reglas son igualmente plausibles para desarrollar esas capacidades.

Los derechos y la democracia no se reducen al catálogo de reglas formales ni a los órganos dispuestos en las Constituciones para organizar su funcionamiento. Señalan un universo de prácticas sociales que exhiben la aptitud de las personas de comprenderse como participantes en una sociedad política. Las Constituciones tratan de aclarar el sentido de estas prácticas mediante la explicitación de ciertas reglas deliberadamente consensadas que se convierten en legítimas y vinculantes. Los actores constituyentes intentan dar la mayor coherencia posible a las reglas del juego, pero nada garantiza que no surjan tensiones. Dadas la complejidad y la pluralidad de las sociedades modernas, es probable que el acuerdo constitucional deba acomodar tanto normas como doctrinas contradictorias. Como Häberle dice: "Lo característico en «materia de proceso constituyente» para el Estado constitucional se deduce, como no lo es casi ningún otro aspecto, de un

conjunto y un «paralelogramo de las fuerzas» compuesto por ideas políticas, doctrinas científicas, textos constitucionales escritos y prácticas no escritas" (2003: 129).

En el enfoque de las prácticas, la Constitución retrata un consenso traslapado circunstancial alrededor de ciertas normas que pretenden capturar la mejor versión de los derechos y del régimen democrático según una peculiar trayectoria evolutiva (Rawls, 2002: 58 *et seq*.). Este aspecto es destacado por Nino: pese a que una Constitución histórica en sí misma no puede servir de aval normativo o como punto final de la justificación, no es empero ni superflua ni irrelevante por indeterminada. Sirve como enmarque de las prácticas donde se actualizan los derechos humanos, como contenido, y el régimen, como los aspectos procedimentales a través de los que sucede la participación. Es el necesario punto de partida para las personas, de manera que no se puede dejar de lado sin más. Sus principios ingresan también en el proceso justificativo, no como premisas, sino como objeto de justificación (1997: 70). *A priori* no se puede determinar su validez, y los agentes deben clarificar sus puntos de vista —interno o externo— para elucidar el sentido de obligación que las normas proyectan: meras regularidades técnicas o tradicionales, auténticos deberes, o enunciados imparciales y no comprometidos.[16]

La Constitución no es un texto rígido; está abierto a diferentes circunstancias y actores. No obstante, quizá la tarea de la dogmática constitucional sea fijar un orden normativo como si fuera un producto acabado para ser tenido como objeto de saber seguro. Pero, con independencia de las intenciones de sus actores y de la fuerza de los valores constitucionales, siempre cabe imaginar otra infinidad de reglas conducentes a su realización. Esto no significa que cualquier orden sea igualmente capaz de implantar con éxito los mismos valores, pero previene contra la importación acrítica de ciertos arreglos sin tener en cuenta las condiciones sociales, económicas y culturales de cada comunidad política.

Por supuesto, existen unas Constituciones que son consideradas ejemplares en virtud de que permiten a un elevado número de individuos y grupos realizar sus planes de vida con dignidad. Hay sociedades con eficaces Estados de derecho. Su adelanto comparativo respecto a otras sociedades en indicadores como igualdad de libertades y oportunidades; calidad de vida y bienestar; necesidades y capacidades; cohesión social y respeto a la pluralidad, podrían ser indicativas de rutas que merezca la pena ensayar.

[16] Este tipo de enunciados consisten en normas cuya validez al interior de una práctica social los participantes reconocen aunque no acepten en conciencia (Bayón Mohino, 1991: 27).

Sin embargo, no se deben perder de vista las circunstancias que las hicieron posibles (Acemoglu y Robinson 2012, 2019).

El enfoque de las prácticas sociales no es ajeno al pensamiento filosófico-político. Está presente, por ejemplo, en el liberalismo político de Rawls, en su concepción de justicia como equidad. Desde las bases de la teoría se indica que al discutir sobre la justicia se debe distinguir entre justificar una acción particular o justificar una práctica. De acuerdo con el filósofo, cuando se juzgan conductas se olvida que la mayoría de ellas se insertan en prácticas cuyo sentido sólo puede ser adecuadamente apreciado en contexto: "Uso la palabra «práctica» totalmente como una clase de término técnico para significar una forma de actividad especificada por un sistema de reglas que define oficios, roles, movimientos, penalidades, defensas y demás, y que da a la actividad su estructura; por ejemplo, los juegos, rituales, juicios o parlamentos" (1999: 20). La justicia como equidad es abstracción de dos principios que en hipótesis reflejan el sentido de prácticas políticas reales en las sociedades liberales bien ordenadas.[17]

Rawls empleó la expresión "equilibrio reflexivo" para referirse al tipo de ejercicio que llevan a cabo las personas para evaluar los principios de justicia (re)construidos por parte de los filósofos políticos y jurídicos. La aceptación y la validez de los principios deriva de que puedan ser puestos en coherencia con las intuiciones morales meditadas de las personas, a través de sus juicios actuales, o sea, mediante su realización exitosa en la compleja red de instituciones que habitan. La justicia como equidad debe ser entendida como una propuesta más entre otras para abonar al diálogo público. Con el equilibrio reflexivo se subrayó esta nota indicando que el ideal de justicia podía ser ajustado al contrastarse con las intuiciones de los participantes, del mismo modo que también dichas intuiciones podían aclararse y aprender del ideal. La razón pública trata de las prácticas de justificación en medio del pluralismo y la complejidad. Alrededor de la justicia el consenso señala un acuerdo político, no moral:

---

17 "Al decir que una institución, y por tanto la estructura básica de la sociedad, es un sistema público de normas, quiero decir que cualquiera que participa en ella sabe aquello que sabría si estas normas, y su participación en la actividad que definen, fuera el resultado de un acuerdo. Una persona que toma parte en una institución sabe lo que las normas demandan de ella y de las demás. Sabe también que las demás saben esto y que saben lo que él sabe, y así sucesivamente. A decir verdad, esta condición no se cumple siempre en el caso de las instituciones reales, aunque es una suposición razonablemente simplificadora. Los principios de la justicia han de aplicarse en este sentido a las instituciones sociales entendidas como públicas". Como se puede notar, el enfoque de las prácticas sociales está presente desde los orígenes de la teoría de Rawls (1995: 77).

> La justicia como equidad concibe todos nuestros juicios, independientemente de su nivel de generalidad —sea un juicio particular o una convicción general de alto nivel—, como juicios capaces de tener una cierta razonabilidad intrínseca para nosotros, como personas racionales y razonables que somos. Sin embargo, dado que tenemos una mente dividida y que nuestros juicios entran en conflicto con los de otras personas, habrá momentos en que tengamos que revisar, suspender o retirar esos juicios, si es que queremos lograr el objetivo práctico de alcanzar un acuerdo razonable en cuestiones de justicia política (Rawls, 2002:56).

Como es sabido, el filósofo de Harvard no estableció un diseño constitucional con detalle. Por lo tanto, los principios de justicia quedan a expensas de posteriores desarrollos institucionales. Dichos principios fueron hallados en elementos de un consenso logrado en las sociedades bien ordenadas, y reflejan el acomodo más o menos exitoso de la pluralidad social, política y cultural. Por representar un consenso fáctico sobre una práctica en curso, no puede servir como criterio de justificación directamente, pero es base de la estabilidad y amistad cívica (cohesión social). La justificación de las normas constitucionales depende internamente de su consistencia con los juicios de las personas en las situaciones concretas que experimenten.[18] El equilibrio reflexivo, desde este punto de vista, es un instrumento analítico que procura la apertura a los juicios de las personas comunes.[19] Esta idea es consistente con hallazgos recientes de la forma que las personas llevan a cabo juicios prácticos en contextos complejos; en este caso, por ejemplo, en el ámbito constitucional (Crowe: 2018).

En este punto, empero, debe hacerse una precisión importante. Los juicios meditados son de personas individuales, pero no se pueden emitir en solitario: siempre apuntan a la intersubjetividad.[20] Dependen de que las personas interpreten sus acciones como partícipes de las prácticas sociales fundamentales del acuerdo constituyente que debe ser permanentemente renovado. Por lo tanto, la actividad de juzgar conduce a revisar las fórmulas de aquel consenso originario para señalar sus defectos y exclusiones.

---

[18] Nino expresa de un modo semejante que "es todo el conjunto del sistema político lo que debe ser evaluado desde el punto de vista de su justificabilidad moral y funcional, y la descripción del sistema debe reflejar la interconexión de sus elementos componentes" (1992: 503).

[19] Pettit incorpora este método explícitamente sacándole provecho en su propio marco republicano (2012: 20).

[20] Karczmarczyk (2017) problematiza la cuestión de si el enfoque de las prácticas en Wittgenstein se refiere a la *praxis* de un sujeto o más bien a los sujetos de una práctica. Critica con razón la primera aproximación porque sigue anclada en la filosofía de la conciencia.

Como es bien sabido, sobre la facultad de juzgar en situaciones de excepción y de rupturas del mundo público, Arendt (2003) desarrolló una teoría poderosa, que podría inducir a nuevas interpretaciones de los derechos y a la democracia.[21]

Para el propósito del texto, cabe recordar una versión del equilibrio reflexivo desarrollada por Rawls, pero que suele ser olvidada Me refiero al equilibrio reflexivo "amplio" por oposición al "estricto". Mientras este último se refiere al alineamiento de los juicios morales meditados de las personas con la concepción de la justicia que les sea más consistente, sin explorar otras concepciones alternativas, el equilibrio reflexivo amplio demanda evaluar las principales concepciones de justicia de la tradición filosófica, incluso las que sean más críticas con la adopción inicial (2002: 57). No considero que riña con esta idea de equilibrio una que visibilice las formas en las que distintas concepciones de justicia se ajustan además con saberes provenientes de otras disciplinas sociales o humanas al alcance de las personas, junto a sus juicios morales meditados. Creo que ésta es una responsabilidad que no puede eludirse ante la diversidad de prácticas no políticas con las que entran en contacto las Constituciones y que atraviesan la vida colectiva; verbigracia, las económicas, científicas, tecnológicas o religiosas.[22]

En forma semejante a Rawls, Nino (2013) tiene una noción de Constitución como convención.[23] De igual modo, no cree que la justificación

---

[21] He explorado este tema en Sahuí (2002).

[22] Observa Pereda a este respecto: "con independencia de la teoría de la ciencia que se maneje, parece raro negar que las muy diversas ciencias tengan, *al menos también, contribuciones prácticas:* que proporcionen diversas ayudas para alcanzar los propósitos que se fijan las primeras personas en cuanto agentes en el uso de su libertad" (2009: 171). En otro lugar se refiere a esto como un "multifundacionalismo" (2013: 230-231).

[23] Tal vez la idea de analizar el derecho como convención o práctica no sea novedosa, habiendo sido tratada por Hart (1963, 2000) o Dworkin (1992). Sin embargo, la reconstrucción que aquí se propone va más allá del sistema jurídico para pensar el derecho en el conjunto del orden social, en relación con otras prácticas donde las personas también se autocomprenden como agentes junto con la práctica jurídica. Aunque Hart cree que su obra es de interés para la filosofía moral o política, o la sociología, su objetivo es una teoría analítica que se ocupe de la estructura del pensamiento jurídico, y la de Dworkin es una teoría interpretativa del derecho; no brindan bases para una crítica jurídica ni política externas. Mi propósito es visibilizar cómo las reglas relativas a los derechos y al régimen democrático se insertan en otras prácticas no jurídicas que desafían, pero pueden retroalimentar al orden vigente. Dworkin critica específicamente el convencionalismo que denomina *estricto*. Éste se refiere a convenciones o prácticas jurídicas como legislación o precedente judicial, que son explícitas. También éstas son un foco de mis críticas. Creo en cambio que su descripción del convencionalismo *moderado* puede casar con mi concepción de las prácticas. Dworkin considera que esta versión debe ser vista como una forma muy abstracta y subdesarrollada del derecho como integridad, su propia concepción de la inter-

de las decisiones públicas dependa de un enfoque externo, sino que exige el punto de vista de sus participantes. Sigue una estrategia similar al equilibrio reflexivo con un razonamiento escalonado en dos niveles: "El primero requiere que evaluemos la justificación de la práctica sobre la base de principios autónomos tales como aquellos que conforman la Constitución ideal de los derechos. Si este primer nivel nos permite justificar la práctica, es posible pasar al segundo. En este último, se analiza la práctica misma para tomar la decisión" (Nino, 1997: 296). En términos empíricos, la reflexividad como autoconfrontación es subrayada: "La justificación de la constitución histórica sobre la base del ideal está condicionada por la necesidad de apoyarnos en la constitución histórica para satisfacer los requerimientos de la constitución ideal. Esto completa el círculo de nuestro análisis, dado que ello significa que la constitución histórica tendrá un impacto sobre la ideal" (*idem:* 300). El profesor argentino propone como contenido ideal de las Constituciones, como contrapeso de las Constituciones históricas y los procesos democráticos, a los derechos humanos, que nacen de manera independiente: de una concepción liberal de la moral social y política (Nino, 1989a). Como se puede notar, difiere en esto de Rawls (2006), cuya idea de justicia es estrictamente política y distante de creencias morales comprehensivas —incluidas las liberales a las que él mismo se adhiere—.

Mediante este mecanismo se alienta la retroalimentación continua de los procesos de formación de la opinión pública y las decisiones del sistema político, retratado en la metáfora de las esclusas entre las prácticas de la sociedad civil y el derecho. Los estudios recientes de democracia deliberativa cierran el círculo rescatando el enfoque sociohistórico de Habermas, Rawls o Nino después de un tiempo de concentrarse mayormente en los aspectos técnicos del diseño institucional y en las situaciones discretas de toma de decisiones políticas (Parkinson, 2012: 153).

En México, Cossío (2018) ha reflexionado sobre el derecho constitucional con una perspectiva equivalente a las prácticas sociales, que denomina "método Douglas-Hume".[24] Bajo esta luz, la justicia es un sistema que permite coordinar diversas instituciones. Dado que existe pluralidad de formas de justicia en las distintas sociedades, este valor se presenta como

---

pretación (1992: 96-100; 2014). Mi intuición es precisamente la contraria: el subdesarrollo consiste en regresar a la moral cuando el derecho se traba; pero ahora sólo quiero dejar constancia de esta parcial coincidencia de perspectivas, aunque luego se extraigan consecuencias normativas tan diversas.

[24] El método se reconoce como un tipo de radicalismo constructivista, influido por Mary Douglas (1996)

una construcción artificial que se ha de conocer por su coherencia interna dentro de un sistema abstracto que armonice las interacciones cotidianas. El método propone una reconstrucción operativa de tales interacciones para analizar las instituciones de justicia. Las prácticas sociales alrededor de la justicia funcionan *de facto* de un cierto modo; sin embargo, una cosa es que así lo hagan y otra distinta que al hacerlo se ajusten o no a una serie de principios. El enfoque de Cossío pretende ganar distancia entre el desempeño de los actores sociales y la forma como éstos responden públicamente de sus acciones. El sistema constitucional organiza del modo más coherente posible las normas que regulan las acciones de las personas; pero se actualiza inevitablemente desde el punto de vista interno de sus participantes para verificar si en la práctica éstos cumplen los principios postulados. Esto quiere decir que las normas de justicia y las disputas sobre sus interpretaciones no se extienden al infinito, ya que se limitan a operar con algunas pocas que están determinadas por el contexto particular.

Se debe insistir en que el enfoque de las prácticas es un recurso metodológico que no corresponde a ninguna descripción de cómo son empírica o históricamente determinadas prácticas. Menos implica que las prácticas traduzcan convenciones seguidas irreflexivamente; o sujetos colectivos unitarios y entes metafísicos. Este tipo de crítica equivale a acusar al individualismo metodológico de las culpas libertarias, como si implicara personas egoístas, frívolas y calculadoras, o seres angélicos. No se debe perder de vista que en ambos casos el enfoque de prácticas y el individualista tratan de herramientas heurísticas; perspectivas para captar con diversos lentes las distintas escalas.

En el campo de la teoría social, Luc Boltanski y Laurent Thévenot (2006) han desarrollado el enfoque de las prácticas con un interés específico en la justificación de normas de justicia. En una forma que recuerda a Rawls, señalan que se puede construir un vínculo entre filosofía y sociología yendo y viniendo, de adelante hacia atrás, y viceversa, entre las ideas clásicas de justicia y las justificaciones producidas por los actores. Las personas son capaces de aprehender las operaciones de clasificación teórica, y de problematizarlas en el plano de la acción. Existe pluralidad de concepciones de la justicia porque hay muchas formas de especificar los valores y bienes que importan (Walzer, 1993). Si el pluralismo no implica relativismo tratándose de la Constitución, es porque dentro del enfoque de las prácticas la injusticia se percibe como daños a nivel personal en dimensiones específicas: los poderes de autonomía y autogobierno. *De facto*, los individuos actúan en distintos órdenes de justificación en forma escalona-

da o simultánea: religión, moral, política, economía o ciencia,[25] sin poder evitarlo. Dichos órdenes se solapan porque se refieren a la conducta de los individuos en la sociedad. Pero si se asume que retienen frente a todos estos órdenes normativos el carácter de participantes, quizá sea por lo que aquéllos tienen en común. Thévenot y Boltanski piensan las prácticas de justificación como un esfuerzo por explicitar e integrar un modelo de política. Este modelo debe ser visto de dos formas: como teoría de la justicia compatible con varias construcciones de la filosofía política, por un lado, y como teoría del juicio de las personas en sociedades complejas que los habilitan para criticar, discutir o converger en acuerdos públicos, por el otro.

Asimismo, consideran las modalidades de acuerdo explícito (en nuestro caso las Constituciones con sus contenidos de derechos y democracia), como gramáticas de la justicia y la acción política. Dichas gramáticas autorizan ciertas expresiones como válidas o inválidas, correctas o incorrectas; y por tanto, como admisibles en las situaciones que reclaman justificación. Aunque muestran las condiciones de aceptabilidad de las prácticas, al analizar éstas en la realidad se descubre que no son inamovibles y que pueden ser ajustadas a distintos contextos. No obstante, su objetividad se asegura porque sus usos no son privados y solipsistas, sino públicos. El conocimiento común de la gramática permite describir, explicar, comprender, criticar y hacer previsiones del comportamiento colectivo (Williams, 2002; Schatzki, 1996; Bloor, 1983, 2002; Pitkin, 1972; Sahuí, 2004).

Ahora bien, es importante que las normas hechas explícitas en las Constituciones no sean interpretadas como la abstracción de una estructura profunda que definiría en forma exhaustiva los movimientos válidos de los participantes en las prácticas de derechos y del régimen democrático. Ello equivaldría a juzgar como acciones correctas sólo las de sujetos ideales. La permanencia de una gramática exige cierto nivel de tolerancia en relación con los errores de los participantes, con usos no ortodoxos de las reglas y con intervenciones imprevistas que resignifiquen el sentido global de las prácticas. No es inusual que algunas reglas se vuelvan conscientes hasta que ocurran este tipo de situaciones.

---

[25] Pereda subraya el carácter de la ciencia como una práctica o institución social en términos análogos: "Para el constructivismo el conocimiento científico comienza con nuestras prácticas más elementales. Mucho antes de cualquier hipótesis o experiencia científica nos encontramos en medio de prácticas con carácter cualitativo, organizadas de acuerdo con nuestros intereses y formuladas en el lenguaje ordinario. A partir de ellas podemos comenzar a construir paso a paso una terminología precisa, consistente y ordenada metódicamente en la que se constituirán las distintas propedéuticas a la investigación científica" (1994: 153).

Con base en estas ideas, los saberes prácticos sobre los derechos humanos y la democracia enunciados en las Constituciones no son exclusivos de los funcionarios a quienes se encomienda su garantía. Ni siquiera se puede decir que ostenten una mayor calificación moral o epistémica para juzgarlos, aunque estén autorizados en última instancia para resolver sus conflictos. Esto sólo se debe interpretar como un llamado práctico para obtener certidumbre y generar confianza sobre las decisiones colectivamente vinculantes, o sea, aquellas que son apuntaladas por la fuerza. No es un ardid retórico insistir en que todas las personas tienen igual dignidad en relación con las normas fundamentales, y, en consecuencia, que pueden controvertirlas. El estatus de ciudadanía funciona como armadura que confiere poderes e inmunidades (Waldron, 2009). La autoridad, en lo concerniente a derechos y régimen democrático, "juega en la misma cancha" que la ciudadanía a pie. Esto significa que no pueden eludir responder con razones públicas ni blindar sus soluciones. No tienen ese privilegio.

El derecho a la justificación como derecho básico se refiere a esta noción constitutiva de las prácticas. Un contexto social es político si las personas se colocan en un orden de justificación cuyas normas e instituciones gobiernan sus vidas, tanto en la cooperación como en el conflicto. La dimensión política de la justicia en la Constitución es clara: no se reduce a qué derechos poseen ciertas personas y por qué. Pregunta cómo los participantes, en el doble rol de autores y destinatarios de las justificaciones, se sitúan en relación con los demás (Forst, 2012, 2014; Forst *et. al.*, 2014). No obstante, el hecho de que una justificación recurra a razones discursivas no quiere decir que en ellas se agote. La política no se reduce a razones, porque sus tiempos exigen cierres contingentes, momentos de juicio que clausuran debates para arribar a decisiones urgentes. Además, porque existen condiciones materiales ajenas a la institucionalidad política que no se pueden ignorar. En todo caso, las personas son ineludiblemente el asiento de toda justificación, de la legitimidad. Por eso debe atribuírseles cierta competencia virtuosa en medio de todas las prácticas que los circundan. Los individuos han de disponer de cualidades para hallar el juicio y la conducta adecuados. Pero —esto es fundamental— la evaluación de esa adecuación ha de hacerse pública o estar socialmente controlada. El éxito cooperativo depende de la habilidad para monitorear las aptitudes o ineptitudes de los demás. La gente debe saber en quién puede confiar en distintos escenarios, y lo que vale en términos epistémicos vale también en los asuntos prácticos. En esto consiste que los saberes y sus prácticas sean reflexivos. Los derechos humanos y el régimen democrático fungen —esta es una propuesta— como instituciones cogniti-

vas y participativas, como rutas con señalizaciones ante entornos complejos e inciertos (Reyes Morel, 2011).

El conocimiento adecuado de lo público en las democracias se refleja en la correlación entre procesos inclusivos de toma de decisiones y diversidad cognitiva, revelándose el vínculo entre las propiedades epistémicas de las sociedades liberales y el procedimiento decisorio democrático (Landemore, 2013: 7). Esto no significa que el éxito de las llamadas inteligencias colectivas atribuido con frecuencia a la democracia pluralista mayoritaria se deba a la mera agregación de intereses, sin tener en cuenta la deliberación (Surowiecki, 2005).

En la vida real, las normas son disputadas a diario en distintos escenarios y por actores que representan una infinidad de roles imaginables. Cualquiera se puede posicionar ante una norma para acatarla o desafiarla, con independencia de la complejidad del orden. Se hayan comprendido de modo cabal o no, cuando una norma afecta a las personas éstas retienen la capacidad de reaccionar y hacerles frente, aunque sea limitadamente. Interesa subrayar este punto para retratar la idea de Constitución a escala humana. A través de las normas relativas a los derechos y al régimen democrático que irradian otras instituciones, han de poder enjuiciarse las consecuencias de éstas. La Constitución es el principal escenario de la justificación pública. Sus razones se disputan en diferentes foros formales: tribunales, parlamentos, gobiernos, y en la opinión pública: medios, redes, Iglesias, universidades, asociaciones, movimientos, sin que nadie pueda reclamar autoridad inexpugnable. Si este juego cruzado de reglas se mira diacrónicamente, pierde interés qué órgano deba tener la última palabra, que se desplaza a los circuitos que mantienen activa la conversación (Goodin, 2003; Landemore, 2020), lo que en lenguaje del funcionalismo se denominaba "acoplamientos estructurales intersistémicos".

Para hacer esto posible, empero, es preciso avanzar de una imagen linear de la Constitución hacia una circular o reticular (Walters, 2016), consistente con formas en que la epistemología piensa la noción de justificación.[26] Aunque no se niegue que existan momentos constituyentes, es importante indicar que tales momentos señalan cuestiones sustantivas o de procedimiento sujetas a deliberación por parte de todas las personas, que no les

[26] "El modelo correcto para entender la justificación reflexiva no es el modelo lineal en el que la justificación es una suerte de líquido que fluye a través de una tubería o canal de razones, desde las premisas hasta la conclusión (Tal fluido es lineal, unidireccional; la tubería o canal «transmite» la justificación —o garantía, o estatus epistémico—). Un mejor modelo es el de una red de creencias, donde la red está correctamente atada al entorno, mientras sus nodos pueden también ganar estatus a través de soporte mutuo"; Sosa (2009: 240).

pueden ser arrebatadas:[27] lo que confiere legitimidad a las normas constitucionales no es la decisión colectiva de contar con un orden legal, cualquiera que sea, sino un orden que especifica el compromiso de formar parte de una deliberación permanente sobre conceptos básicos, como libertad, igualdad, justicia o democracia. Lo que otorga autoridad al sistema radica en qué tan bien marcha este proceso-proyecto común.

Una última cuestión para cerrar este apartado. Que derechos humanos y democracia sean prácticas en las que se llevan a cabo las justificaciones, no implica que sean exclusivamente prácticas discursivas, racionalistas o epistémicas. No se reducen al medio lingüístico o de las razones.[28] Involucran una infinidad de tipos de conducta cuyo sentido no está definido *a priori*; a veces ni siquiera para los propios actores: historias, tradiciones, narrativas, emociones, entre otros motivos, nutren una esfera pública ruidosa (Young, 2000).[29] En el plano de las justificaciones todos estos motivos operan al mismo nivel de las razones para la acción, como pretensiones controvertibles o *iuris tantum*. Esto quiere decir que la distinción analítica entre razones y motivos que sirve para indicar la objetividad de las normas no está al alcance inmediato de los actores cuando ostentan la calidad de participantes en las prácticas sociales en curso, o sea, en el papel de segunda persona que asume e imputa responsabilidades. Esa distinción tiene que elucidarse a través de las propias prácticas, y sólo se podría zanjar en última instancia en actitud objetivante de la tercera persona (Pereda, 2012); léase en el rol de un observador externo que pretenda estar afuera o encima de la práctica cuyo sentido está a discusión. Este es el rol, verbigracia, que se suele atribuir a los tribunales como actores cualificados para resolver sobre los derechos desde la dogmática constitucional; pero que puede ser disputado en otros foros, igual de independientes e imparciales, como la academia o la opinión pública nacional y global. En palabras de Habermas:

---

27 Lo anterior pone de manifiesto una tensión entre dos formas de comprender la actualización de la Constitución, una dinámica y otra periódica. Los deliberativistas prefieren entenderla como una conversación inacabada que se actualiza a cada instante; pero en términos institucionales quizá conviene asumir la idea de la actualización periódica. La conversación democrática no se cierra nunca y, sin embargo, se toman decisiones, y para ello debe quedar (más o menos) determinado cuál sea el momento discreto en el que esta decisión ocurre; Goodin (2008).

28 En este sentido, mi punto de vista difiere de Valdecantos: las instituciones son tropos, sí, pero no son solo tropos; organizan aspectos del mundo con efectos y consecuencias materiales en las personas (2016: 19).

29 Rosanvallon (2021) habla de una "representación narrativa", al lado de la representación-delegación. Aquélla tiene una dimensión expresiva más que cognitiva. Existe un componente performativo en varios movimientos sociales a través de sentadas, plantones, marchas, pintadas y exposición del cuerpo; Sahuí (2020).

> Los fundamentos están hechos de un material especial y nos obligan a pronunciarnos con un simple sí o no. De este modo se incorpora a las condiciones de la acción basada en el entendimiento un elemento de incondicionalidad. Y este elemento es el que diferencia la validez que reclamamos para nuestras concepciones de la mera validez social de una praxis habitual. Lo que aceptamos justificado para otra persona es una cuestión de fundamentación y no un asunto de costumbres vitales. Por ello existe un interés filosófico "en considerar que en nuestras prácticas sociales de justificación hay algo más que esas meras prácticas" (Habermas, 1996: 29).

Sin embargo, para justificar decisiones colectivas allende los derechos y el régimen democrático en casos de desacuerdo constitucional no se debe apelar a la aparente simplicidad que traslucen ciertas categorías moralizantes para tratar asuntos complejos que confirman los procesos de diferenciación social. En muchas de estas circunstancias se reemplaza la penuria analítica con la prescripción. Hay presuposiciones tácitas externas al texto constitucional que anclan las instituciones con la realidad: lo que hace que las normas sean auténticas son las realidades históricas y los valores compartidos. Esto no se puede esclarecer desde un punto de vista solipsista.[30] Es también la idea de Nino al interpretar la racionalidad práctica de las convenciones sociales como "lo segundo mejor". Los casos particulares merecerían justificar las decisiones en principios valorativos últimos, pero "no podemos hacerlo fuera de una práctica constitucional"; razonar en el vacío o por fuera de ellas llevaría a peores soluciones. Aunque la Constitución es perfectible, conviene ajustar nuestras acciones y decisiones a ella (2013: 51).

En el plano del derecho internacional de los derechos humanos, Beitz (2012) ha empleado el enfoque de las prácticas, y en América Latina Bogdandy juzga cómo se ha constituido en América Latina una comunidad de participantes, una práctica compleja que no se aviene con la mentalidad jerárquica, según la cual la Corte Interamericana estaría en el nivel superior: "Contra una mentalidad *top-down,* puramente «constitucionalista», el derecho común de los derechos humanos apunta a un complejo proceso de constante aprendizaje y adaptación" (2020a: 142). La Corte es parte de una comunidad que incluye tribunales internacionales y nacionales, gobiernos, litigantes, académicos, sociedad civil. No tiene la capacidad para controlar las argumentaciones sobre los derechos y la democracia en la región, que se

[30] Esta idea ha sido incorporada a las teorías de la argumentación jurídica en la perspectiva socioinstitucional, que no se agota en las concepciones lógica, dialéctica o retórica puras; Vega Reñón (2016, 2017). Es el enfoque del "uso público de la razón" (Kant), la "razón pública" (Rawls) o la "razón comunicativa" (Habermas).

van construyendo en una conversación continua, más allá de las sentencias que cierran circunstancialmente los litigios y casos.

II. Derechos humanos y democracia como prácticas relativas a la autonomía y al autogobierno

Se dijo al principio que las Constituciones retratan las normas fundamentales de la sociedad, y que su propósito es la realización de la autonomía y del autogobierno personales. También se expresó que los derechos humanos y la democracia reflejan el desarrollo de cierto tipo de prácticas a través de las cuales esas ideas han sido públicamente definidas. En este devenir han participado personas comunes al lado de los actores políticos, de manera que todo arreglo es susceptible de controversia desde abajo. Las prácticas que refiero son las luchas políticas que disputan libertades, igualdad y solidaridad: sus límites son difusos. Sin embargo, debido a su importancia, se ha tratado de organizarlas y protegerlas. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en el artículo 16 dice: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la Separación de los Poderes, carece de Constitución".

La teoría, la dogmática y la historia constitucionales tratan de formalizar las normas implícitas en estas prácticas, y de poner en coherencia sus valores, principios y reglas. Un esquema que ha sido adoptado por el constitucionalismo instituye dos dimensiones: dogmática y orgánica. La dimensión dogmática se refiere a las normas relativas a derechos humanos, mientras la dimensión orgánica trata los asuntos de la democracia y el poder soberano popular: formas de Estado y gobierno, régimen político, esferas de competencias funcionales y espaciales a través de la que circula la participación de las personas en las decisiones colectivas.

El enfoque de las prácticas es consistente con la noción de agencia como capacidad de Sen (2000) y Nussbaum (2012). En la participación de las personas en todas las prácticas se han de elucidar las aptitudes y funcionamientos de las personas, y cómo el sistema de reglas las promueve u obstaculiza. Los seres humanos somos una especie demandante de cuidados y protección colectiva. Por ende, no se debe entender que la autonomía y el autogobierno denotan sujetos "musculosos", autosuficientes e independientes frente a toda determinación material. Sin embargo, el acomodo de las normas en todas estas dimensiones no es sencillo. Los derechos son a veces aspiraciones inalcanzables porque no se cuenta con instrumentos idóneos

para garantizarlos. En este tenor, Gargarella propone revisar la "sala de máquinas" de las Constituciones. Ésta es representada por su dimensión orgánica, para atender los mecanismos mediante los que se ejerce el poder y para desarrollar el sentido práctico de los derechos: su eficacia. "Más que pensar en la lista de derechos como un modo de atrincherar ciertos intereses fundamentales, para así tornar posible la vida privada, los republicanos concentraban su atención en las formas capaces de asegurar las condiciones de una vida pública activa" (2014: 29).

Aparte de los desacuerdos sobre el contenido y el alcance de los derechos, existen varias dificultades anejas a su cumplimiento. En América Latina la pobreza, la desigualdad y la violencia son obstáculos graves para que los Estados realicen los derechos humanos. Por eso los planos de la sala de máquinas constitucional deben tomar en cuenta el contexto donde ésta pretende operar. El déficit de desarrollo en la mayoría de países de la región y su debilidad institucional hacen compleja la organización y el control de esa maquinaria. Esta cuestión fue señalada por O'Donnell, que se refirió al plano normativo de la agencia-autonomía relacionada con los derechos, y al plano instrumental del régimen político y del Estado, que se visualiza en el autogobierno y la democracia (2010). Es destacable su juicio de que la noción de autonomía no ha influido mucho en la teoría democrática a pesar de su atención en la filosofía política (2002: 308). De modo que, aunque en muchos casos se consigue la liberalización del sistema constitucional, la democratización sigue pendiente. Hay que transformar el régimen político. Esto implica reformular las instituciones fundamentales.

Como se indicó líneas arriba, Beitz (2012) ha propuesto pensar los derechos humanos sin reducirlos a los documentos, doctrinas o teorías abstractos que los enmarcan. Concibe los derechos como una práctica emergente, como un idioma que se ha vuelto común para la crítica pública en la esfera de la opinión nacional e internacional. Los derechos humanos son una parte fundamental del lenguaje y de los discursos en el espacio público, y, por lo tanto, no se pueden interpretar a capricho. Quienes los usan deben mantener el compromiso de justificar sus propósitos sin excluir a los demás. A pesar de que cuando se reclama su garantía las personas apelan a principios como universalidad, imparcialidad u objetividad, esto no significa que en la práctica su núcleo básico esté claramente delimitado. Para Beitz, el consenso en los derechos no deriva del contenido de sus catálogos, sino de que al aceptarlos uno se compromete con un tipo de normas que fungen como razones especiales para actuar, aunque no sean concluyentes. Se trata de una concepción política, funcional y pragmática de los derechos: en ella se

ponen delante las ideas de cooperación y participación. Una de sus virtudes más importantes es que permite acercarse a las formas de deliberar de los actores sociales y quienes hacen las políticas públicas, contra la forma más habitual de razonar en torno a los derechos que los moraliza o naturaliza, metiéndolos en una camisa de fuerza estrecha, bajo un simple y único valor: personalidad, afiliación o dignidad (Etinson, 2010). En esto creo que su propuesta guarda semejanzas con Moyn (2012); los derechos humanos, dada su historicidad, constituyen una agenda, un programa político, una utopía práctica.

En el lenguaje de los derechos ocurre principalmente en la actualidad la participación y la deliberación públicas. Reflejan una concepción potente de la justicia que en los Estados constitucionales es usada por una gama amplia de movimientos sociales, incluidos muchos que incorporan causas radicales de colectivos excluidos: mujeres, minorías étnicas y religiosas, personas con discapacidad, LGBTI, ecologistas, campesinos, indigentes urbanos, entre otros.[31] Desde este enfoque, que echa luz sobre las luchas políticas de distintos actores, se destaca la función práctica de los derechos como expresión de la idea crítica de que todas las personas importan y de que sus voces cuentan frente a cualquier forma de poder: dominación, explotación o exclusión.

Con lo anterior no se quiere decir que el discurso de los derechos sea suficiente para abarcar el sentido de todos los movimientos, protestas o resistencias que se manifiestan en el espacio público nacional o global. Diversos actores lo acusan de constreñir ciertas demandas; piénsese en las dificultades de la idea de derechos para satisfacer cuestiones sociales, económicas, culturales o ambientales; responder a movimientos decoloniales, altermundistas y antiglobalización, u otras causas revolucionarias.[32] Dado que en su formulación original los derechos representaron sobre todo causas individuales de un sector privilegiado, burgués e ilustrado, las instituciones del Estado constitucional han sido bastante insensibles a pretensiones de otras índoles. Si el interés que subyace a un reclamo no pertenece a un sujeto in-

31 "Existen comunidades en los márgenes del Estado que, sin embargo, lo imitan [el lenguaje de los derechos] a la hora de construir su autoridad interna… desde el punto de vista antropológico, el derecho cala muy hondo"; Lomnitz (2022: 130).

32 "Las demandas (*claims*) que provienen de estas corrientes de expresión y acción política son manifiestamente *excéntricas* respecto de las viejas oleadas de protesta, vinculadas primero a las sucesivas generaciones de derechos y luego a la reivindicación de valores posmateriales. Circunstancialmente, los nuevos lenguajes y repertorios de la protesta se solapan con las agendas del pasado, pero sus aspiraciones e inquietudes son demasiado volubles y fragmentarias como para que se traduzcan en un elenco de derechos o de políticas públicas"; Greppi (2021: 136).

dividual, sino a un colectivo del que no se puede desagregar ni cuantificar la fracción relativa a cada persona, no se suele concebir ese reclamo como derecho justiciable.[33] De modo que no todos los derechos existen *en serio*, por emplear la expresión de Dworkin (2002).

Sin embargo, esto no significa que los derechos abriguen una causa conservadora en un sentido elitista excluyente. Los derechos políticos son históricamente herederos de reclamos sociales y movimientos de la clase trabajadora, más que demandas burguesas (Pereyra, 2012). Tampoco son despreciables las luchas del movimiento antirracista, del feminismo y de la diversidad sexual en la resignificación de los derechos y la democracia en dirección a una inclusión universal (Kitcher, 2021). Por eso es importante rescatar la noción de derechos humanos de sus interpretaciones reductivas, que juzgan en ellos la voluntad de dominación de las potencias globales. Según éstas, los derechos serían vehículos de una forma de imperialismo. Es un error histórico atribuir el impulso original de las cartas de derechos a los países hegemónicos. Las contribuciones de las delegaciones de América Latina y de otros Estados "del Sur global" al derecho internacional de los derechos humanos fueron trascendentes y colocaron temas novedosos en la agenda; por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales (Morsink, 1999; Sikkink, 2018).

Pero más allá de la disputa por sus orígenes institucionales y doctrinales, interesa destacar la función práctica que cumplen los derechos para las personas que luchan por ellos. Esto conduce a la segunda dimensión del constitucionalismo: el autogobierno de las personas y el régimen político. Las batallas por el reconocimiento de derechos y por la emancipación tienen necesariamente un sentido político; revelan lo que de hecho entienden los actores cuando participan y hablan de democracia.

Sobre esta noción de democracia debe hacerse una aclaración: no se reduce a la definición canónica de la democracia competitiva y pluralista que subyace a los Estados constitucionales liberales de la actualidad. Esta versión de democracia dispone ciertos procedimientos que trazan distinciones entre los regímenes democráticos y no democráticos. Según Schumpeter: "método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo" (1996: 343). Que existan elecciones libres, limpias, regulares y frecuentes, y nadie controle sus resultados, son algunos de los supuestos que establecen un estándar

[33] Sobre el interés legítimo y la crítica a la noción de interés jurídico como pretensión solo subjetiva, asociada a acciones procesales individuales, Cruz Parcero (2017).

mínimo para calificar un régimen político como democrático o no. Se trata de una concepción procedimental de legitimidad democrática, que se puede considerar satisfecha con el cumplimiento de sus reglas. Más allá de su apariencia, este enfoque continúa anclado en el paradigma individualista cuyos sujetos son esencialmente racionales y autointeresados.

Sin embargo, como propuso Robert Dahl (1989) para caracterizar la democracia actual: lo importante de un régimen político son dos principios básicos: la participación y la oposición. Que ninguna persona falte con el mismo poder e influencia en las decisiones colectivas revela el componente igualitario de la democracia, y que exista discusión y crítica, aun la más radical que pueda expresar oposición al régimen sin amenazas o violencia, expresa el componente liberal. Su perspectiva no limita la calificación democrática de un régimen al cumplimiento formal de reglas y procedimientos, porque dirige la mirada al sentido global o a la gramática de las prácticas de participación y oposición. Por ello, puede evaluar al sistema estadounidense por debajo del ideal democrático (Dahl, 2003). El desarrollo elitista de dicho sistema no es casual, sino resultado del orden constitucional madisoniano, que es puramente procedimental. Existen una infinidad de diseños institucionales capaces de realizar los principios de participación y oposición en los sistemas políticos más allá del régimen de competencia electoral. Aunque éste fija un estándar por debajo del cual no es posible reconocer a una Constitución como democrática, otras condiciones son necesarias desde la perspectiva de los sujetos para interpretar sus prácticas como legítimas: una opinión pública plural y robusta, un conjunto de libertades políticas garantizadas: expresión, asociación, movimiento, acceso a información, rendición de cuentas. La idea de "poliarquía" de Dahl no es minimalista o determinista porque admite múltiples esquemas de organización, pero sobre todo porque no se satisface como un *check list* de requisitos formales. El seguimiento de las normas democráticas exige la comprensión interna de sus propósitos prácticos vistos en conjunto.

La democracia como práctica se traduce como un régimen oposicional, disputatorio, contestatario (Lafont, 2020; Pettit, 1999; Medearis, 2015); su interés es controlar los poderes sociales que afectan la vida pública. La democracia apunta a que tales poderes no sean alienantes; que no eclipsen las capacidades de las personas. La democracia no es un ideal ni un estado de cosas, sino un proceso activo y permanente. La "contrademocracia" de Rosanvallon (2007) y la "democracia abierta" de Landemore (2020) se orientan en esta dirección. Lo que interesa destacar son las posiciones públicas de las personas en los procesos de participación y deliberación democráticas; es

decir, el carácter no indiferente del lugar que las personas y grupos ocupan al externar sus demandas. Sin sugerir que exista un privilegio epistémico en los grupos resistentes o desaventajados, es digno de atención el análisis de las formas en las que se crea, transmite y reproduce el conocimiento, y la ignorancia. Respecto a ésta, Innerarity subraya su importancia para la reflexividad como autoconfrontación: "Una sociedad del conocimiento es una sociedad cuya inteligencia colectiva consiste en manejar con prudencia y racionalidad la ignorancia en la que nos vemos obligados a actuar, o sea, en última instancia, una sociedad del desconocimiento" (2020: 85).

Si se toma en serio el ideal pluralista, se podría estar de acuerdo con Unger, que invita a adoptar una actitud "experimentalista democrática". Unger indaga en torno a las condiciones del progreso y las exigencias de la emancipación individual. En ambos casos se trata de juzgar las capacidades de las personas para actuar en el mundo sin ser coaccionadas por el entorno material o por las divisiones sociales heredadas. Su enfoque es análogo al de las prácticas sociales. Hace énfasis en las formas que adoptan los intereses de las personas en el ámbito institucional. Estos intereses pueden ser conservadores y excluyentes, o transformadores y solidarios. Ello depende de que se den por descontadas las reglas institucionales, o se tenga la voluntad de subvertirlas y cambiarlas. La agencia es dual porque permite estos modos alternativos de comportarse (1999: 20).

III. Concepciones ecuménicas de los derechos y la democracia

En el epígrafe anterior se habló de los derechos y la democracia como prácticas cuyos valores, reglas y principios han quedado formalizados en las Constituciones históricas de ciertos Estados nacionales. También se dijo que la formalización no captura por completo el sentido de dichas prácticas, que versan sobre las cuestiones de la autonomía y del autogobierno de las personas en público. Los actores retienen siempre la capacidad de resignificar sus reglas. La Constitución debe abrir los cauces para que la posibilidad de crítica esté en manos de cualquiera. Como dice Bellamy en alusión a Jon Elster: no tenemos por qué creer que la Constitución represente a Ulises atado a un mástil para resistir los cantos de las sirenas: "La analogía adecuada no sería la de un borracho que se ata a sí mismo cuando está sereno, sino la de alguien que sigue atado a la antigua tradición que ordenaba en otros tiempos que el primogénito se hiciera sacerdote, por más que hoy haya perdido la fe o nunca la haya tenido" (2010: 152). Existen una infinidad de formas de implantar

las normas constitucionales porque las sociedades modernas son complejas y plurales. Los más conocidos modelos constitucionales difieren entre sí, lo que responde a trayectorias históricas diversas. Nunca ha sido problemático constatar este hecho.

Sin embargo, los desarrollos institucionales alternos al Estado constitucional, igual que otros discursos críticos radicales a las ideas liberales de los derechos y la democracia, suelen ser vistos con desdén. Esta actitud es poco reflexiva. Subestima el hecho de que las prácticas son constituidas a partir de condiciones contextuales diversas y de concepciones plurales de la justicia y del bien que difícilmente se pueden replicar. Lo más grave es que olvida que en todas las coyunturas históricas importantes las ideas de los derechos, la legitimidad consensual, el Estado de bienestar o la igualdad de género no se pueden entender como mera consecuencia de lo que ya existía, sino que trajeron una nueva forma de ver y pensar el mundo.

Defiendo que existen formas ecuménicas de comprender los derechos humanos y la democracia. No puedo ofrecer una definición analítica rigurosa de estas ideas, sino simplemente mostrar que ciertas prácticas de emancipación y resistencia son en algún sentido análogas, funcionalmente equivalentes, porque también reflejan condiciones para el ejericicio de la autonomía y el autogobierno personal: "prácticas rebeldes" (Fraser, 2020). Se trata de propiciar un diálogo con personas y grupos que descreen de los derechos y la democracia, o proponen nociones heterodoxas de ellos, pero que están inequívocamente comprometidos con otras formas de crítica y movilización contra la opresión, la explotación, la exclusión, la violencia estructural.[34] Asimismo, valdría la pena afrontar la escucha de los resentidos; quiénes son y qué les amarga. Como expresan Thiebaut y Gómez Ramos:

> El envés público del resentimiento es así el espacio del silencio en el que las experiencias del daño vividas en primera persona no encontrarán jamás acomodo para ni siquiera ser atendidas o negadas. La tonalidad moral de un espacio público que no perpetúe el daño se mediría por esa capacidad de atención y escucha. Incluso aunque solo fuera para que las quejas fueran validadas —y no ya atendidas o curadas—; porque cabe… que carezcan de fundamento o que solo expresen una identidad o una posición, precisa y cabalmente, quejumbrosa (2018: 25).

[34] I. M. Young enumeró varias formas de injusticia para mostrar que no todas eran distributivas ni cabían bajo el paraguas liberal, y criticó una comprensión angosta de los intereses y de los estándares deliberativos elevados que podrían reproducir las injusticias (2000, 2002).

En el enfoque de las prácticas, quienes elaboran teorías normativas son al mismo tiempo ciudadanos. Como tales, compiten con otros legos para hacer prevalecer sus construcciones sobre los derechos y la democracia. A menudo la conversación entre personas de a pie es menos rigorista que la que sucede entre académicos. Se conocen las discusiones exquisitas, pero acérrimas, entre utilitaristas, liberales, libertarios, socialistas, republicanos o comunitaristas, mientras en el espacio público ocurren alianzas estables entre ciudadanos que cabría adscribir a cualquiera de esas teorías de la justicia, o a varias de ellas. Difícilmente los individuos organizan con coherencia sus intuiciones prácticas y sus creencias comprehensivas. Dice Rawls: "Muchos de nuestros conflictos más serios son conflictos dentro de nosotros mismos. Los que suponen que sus juicios son siempre consistentes o son irreflexivos o son dogmáticos; no es extraño que sean ideólogos o fanáticos" (2002: 56).[35] La confianza necesaria para la acción común puede surgir si se comparten los mismos motivos y fines, y por eso se pueden tener distintos compañeros de viaje. El consenso traslapado y la razón pública expresan esta idea. La metáfora de que las personas no consientan en el fondo una decisión colectiva insinúa que existen en cambio razones superficiales para hacerlo. Una imagen metafísica del individuo o de la integridad del grupo llevan a ignorar que a veces es mejor, al convivir con otras personas, soslayar algunas de nuestras creencias profundas. Como se dijo con Nino, la democracia es el mejor sustituto del discurso moral. En éste, las personas casi nunca están dispuestas a transigir.

Esto no quiere decir que las diferencias analíticas entre las concepciones alternativas de los derechos y la democracia sean irrelevantes. No lo son. Importan mucho en el ámbito constitucional para incluir en un sistema consistente y estable las infinitas prácticas que existen y compiten entre sí. Es preciso tener un mapa que permita desplazarse y transbordar entre las distintas prácticas, porque las personas desempeñan roles diferentes en cada una de ellas (Thévenot y Boltanski, 2006; Sánchez Hernández y Moro-Gutiérrez, 2019; Arballo, 2022). Por ello, las normas que formalicen los derechos humanos y el régimen democrático han de reflejar el sentido de las prácticas por medio de las cuales las personas realizan su autonomía y su autogobierno. Sin embargo, lo que sugiero es que en el plano práctico de la participación, no en el teorético, las doctrinas se llevan mejor. La pluralidad de

[35] Rawls no asume como causa del pluralismo que la mayoría defienda en exclusiva sus intereses egoístas ni que la gente "sea a menudo irracional y no muy brillante": "Estas explicaciones son empero demasiado fáciles, y no son el tipo de explicación que buscamos" (2002: 62).

prácticas que se traslapan unas con otras revela que la conversación entre las personas es más fluida que lo que las doctrinas de los derechos y la democracia sugieren. En el plano de la acción, la gente hace lo que puede con las creencias que tienen; unas más informadas que otras, pero ineludiblemente todas desde perspectivas particulares que impiden apreciar el mapa completo.[36] Por eso la justificación como un derecho primordial es tan importante, y la discusión pública es una práctica básica que no puede ser reemplazada por otra. En este escenario, la tarea de los constitucionalistas y los filósofos del derecho se torna esencial: son intermediarios entre los saberes y las prácticas jurídicas, de un lado, y el resto de las prácticas —incluida la propia filosofía—, por otro (Atienza, 2016). En este papel de intermediarios cumplen un rol activo. No sólo traducen de cualquier forma las prácticas para asegurar su continuidad; verbigracia, derecho y economía en un sinnúmero de disciplinas jurídicas, como el derecho mercantil, el derecho fiscal o el derecho laboral, sino además convierten en relevantes específicos fines y valores. En el constitucionalismo se incorporan los estándares de autonomía y autogobierno, derechos y democracia, respectivamente, que ofrecen nuevas lentes para enjuiciar todas esas disciplinas. Algunos de esos fines se alinearán sin dificultad, pero seguramente otros serán disruptivos. De ahí que se subraye este componente pragmático y se sugiera que la participación en varios juegos de lenguaje y formas de vida abra espacio a un proyecto de democracia radical que destaque los aspectos específicamente decisorios cuando la deliberación, la conversación y la consecuente justificación públicas no dan para más (Mouffe, 2003: 90).

Considero que una Constitución reflexiva debe propiciar la circulación y dar cauce a las ideas plurales de la ciudadanía sobre los derechos y la democracia, previniéndose para no quedar esclerotizada y no enquistar relaciones sociales jerárquicas. La sala de máquinas de Gargarella debe adoptar la forma de un motor dinámico, con correas de transmisión y circuitos que comunican los diferentes impulsos. Más que la imagen habitual de una ci-

[36] Dice Valdecantos: "Lo político (o lo «público») del lenguaje no está en su esencia, sino en ciertas desviaciones de sus usos habituales, si bien con lo anterior no quiere sostenerse de ninguna manera que el hablar humano sea una especie de selva darwiniana en la que excepcionalmente aparezcan momentos o destellos cooperativos, aptos para fundar un orden propiamente político. No se trata de nada parecido a esto, sino, más bien, de que, en algunas circunstancias inopinadas, el hablante perderá las riendas de su propio discurso y se sorprenderá diciendo algo que no corresponde a sus intereses a sus estrategias ni a sus propósitos; algo que ya no lleva la impronta candente de quien lo pronunció y que es, por ello, impersonal: que no puede pertenecer a nadie y que a cualquiera le puede hacer perder los estribos de las palabras propias" (2016: 13).

mentación con fundamentos inconmovibles, las Constituciones deben parecerse a esas joyas de relojería de movimiento perpetuo.[37]

La metáfora de la sala de máquinas tiene equivalentes en epistemología. Hutchins ha hablado de la experiencia de estar a bordo de una embarcación cuyo funcionamiento depende de una intrincada relación entre personas y artefactos, donde las personas desempeñan tareas muy puntuales. Lo mismo sucede con los instrumentos de navegación. Algunos cumplen funciones operacionales, de control o directamente de naturaleza cognitiva, como radares, cartas de navegación, GPS. Lo relevante es la imbricación entre lo humano y lo técnico para que la embarcación funcione; el diseño de palancas y poleas que comunican información importante (1995). Autonomía y autogobierno suponen acciones deliberadas de la ciudadanía en su entorno, cierta capacidad de intervención y control. Sin el entendimiento de la maquinaria no hay forma de que los individuos sean capaces de arribar a ningún destino. Pero los instrumentos deben ser idóneos. De nuevo, la reflexividad sale a cuento como una aptitud primordial en el plano constitucional que involucra a la ciudadanía; no sólo a operadores del sistema, juristas, funcionarios o jueces.

Dado que el funcionamiento de este tipo de sistemas complejos se entiende mejor con una estructura de red que de una tubería lineal unidireccional, se torna necesario realizar ajustes y arreglos sobre la marcha en múltiples direcciones, de arriba hacia abajo, o viceversa. Lo mismo que girar el rumbo, si las condiciones de navegación lo exigen.[38] La imagen del Titánic no está fuera de lugar. De ahí que sea clave distinguir los instrumentos operacionales de los instrumentos cognitivos, que permiten la adaptación a las circunstancias: vientos, mareas, lecho marino. Para que estos ajustes ocurran es necesario que la tripulación disponga entre sus integrantes de un nivel de confianza elemental en sus competencias y en la distribución de tareas de cada cual. Si no se reconocen los testimonios del personal de máquinas por parte del capitán del navío que mira tras el periscopio, como

---

[37] Merece la pena considerar la crítica de Moreso (2022) a lo que denomina un "ángulo muerto" de la sala de máquinas constitucional. Se refiere a la rama ejecutiva del gobierno. Piensa en una administración competente para realizar derechos sociales y económicos, como salud, educación o seguridad social. Ello demanda una redistribución impositiva para configurar garantías primarias en el sentido de Ferrajoli, medidas legislativas que habiliten las burocracias, no sólo garantías secundarias judiciales para remediar fallos de diseño general.

[38] Martí recuerda a Neurath: "decía que la tarea filosófica se asemeja a la del marinero al que se le ha estropeado la barca y se encuentra obligado a repararla en altamar, sin poder arribar a puerto, con las pocas herramientas de que disponga, y a merced de las inclemencias del tiempo" (2006: 278). Asimismo, Vermeule (2007: 245).

si no se fía de los registros que los instrumentos generan (Sosa, 2014); verbigracia, se descree del sonar o del radar, es fácil pronosticar el fracaso de la misión. De modo que saber navegar en condiciones (Broncano, 2003) implica una aptitud reflexiva que no exige conocer a fondo todas y cada una de las partes, o todo el personal del navío, pero sí al menos tener la aptitud de reconocer quiénes son fuentes confiables de conocimiento en cada situación. La noción de constitucionalismo reflexivo visibiliza la dimensión escéptica, pero caritativa y confiada sobre las capacidades a través de las instituciones, que son simultáneamente prácticas (Warren, 1999) y cognitivas (Hannon, 2019).[39] Esta imagen conduce a revisar las formas habituales de entender la cadena de justificación no sólo en el constitucionalismo, sino en el derecho en general.

Esta idea la comparte Innerarity al desarrollar su noción de democracia compleja en relación con las Constituciones. Según el autor, la paradoja de un sistema inteligente es que no permite hacer todo lo que queremos. Hay que perseguir el equilibrio entre permitir a la voluntad conducir las acciones y al mismo tiempo impedir la arbitrariedad.

> A lo más que se parece una constitución es a un conjunto de prohibiciones y limitaciones; dificulta incluso su propia modificación, a la que pone condiciones de procedimientos y mayorías cualificadas para asesgurarse así de que esos cambios no son una ocurrencia ocasional ni el resultado de una mayoría exigua. El sistema de frenado ABS es un sistema para impedir que, en un momento de pánico, frenemos tanto como queramos, lo que pondría en peligro nuestra estabilidad y terminaría haciéndonos más daño que si no lo hiciéramos (Innerarity, 2020: 53).

Por robar una expresión de Habermas (1996), las Constituciones, lo mismo que la filosofía, podrían trabajar como vigilantes e intérpretes:[40] de-

[39] La confianza es básica en la epistemología. Su función es facilitar la cooperación, la supervivencia y el desarrollo de la especie. La práctica de atribuir conocimiento es indispensable porque somos criaturas dependientes de información que descansa en testimonios de otras personas. Ahora bien, conviene atender la distinción sutil de Pereda entre un concepto de caridad estricto —el que preferimos— y otro de caridad ciega: "No creo que pueda defenderse un concepto epistémico de caridad ciega sin autodecepción, más todavía, no creo que la caridad ciega sea una posible virtud moral y mucho menos una virtud epistémica. Quien desde la caridad ciega, no atiende a los aspectos negativos de una persona o de una creencia no sólo, en su ingenuidad, podrá festejar las peores ineptitudes, sino que será un candidato ideal para apoyar *con inocencia* cualquier falsedad" (1994b: 34).

[40] Habermas (1998) no desdeña el uso de metáforas funcionalistas al referirse a la comunicación entre el derecho y la esfera de la opinión pública. Habla de esclusas, compuertas y correas de transmisión para explicar la traducción entre distintos lenguajes de la integración

mocracia y división de poderes operarían como guardas; mientras los derechos serían los intérpretes de los intereses, preferencias, necesidades, capacidades. Esta idea está en su discusión con Niklas Luhmann, quien cree que los derechos humanos reflejan la diferenciación en múltiples esferas: no sólo en la presentación de sí mismo y en la propia personalidad, sino en la formación de la opinión y en la cultura, del capital y la economía, y de la formación del poder y la burocracia. Este empleo multifuncional de la institución de los derechos es un rasgo característico de la Constitución política:

> Aquí es donde encuentran su lugar los derechos fundamentales como institución de toda la sociedad. Sujetan las tendencias expansionistas del sistema político (determinadas por su propia estructura) en interés de mantener el orden diferenciado de comunicación —dirigido en cada una de sus esferas a problemas específicos funcionales…—. El sentido de los derechos fundamentales no puede entenderse a partir de los intereses de cada mortal idealizado ni a partir de los intereses del Estado ni a partir de una relación dialéctica entre ambos. Los derechos fundamentales no son portadores del encanto del deber-ser de los valores que pertenecen a los subsistemas del orden social entero. Su función resulta finalmente de los problemas de formación de los sistemas sociales y de la diferenciación social (Luhmann, 2010: 308).

Desde este punto de vista, la noción de ecumenismo relacionada con los derechos y la democracia invita a dialogar con personas —teóricos o ciudadanos comunes— que sostienen creencias diversas, incluidas algunas que contradigan normas que instituyen estos derechos, el régimen político, la forma de Estado o el sistema de gobierno. Por seguir con la metáfora de la sala de máquinas, otros ideales de dignidad, emancipación o bienestar se podrían asimilar a diversas cartografías e instrumentos de navegación. Las habrán mejores o peores, pero no se pueden despreciar sin más mientras realicen con éxito sus fines. Trátase de prácticas que puedan ser equivalentes de los derechos cuyos desarrollos están en permanente construcción. En sociedades complejas esta diversidad no se debe soslayar.

De modo ilustrativo se pueden mencionar proyectos que rescatan puntos de vista clasificados como epistemologías del sur global (Santos, 2004, 2014, 2017, 2019; Santos y Mendes, 2017), decoloniales o de liberación (Dussel, 1998, 2007, 2017), o utopías realistas (Wright, 2014; Fung y Wright, 2003). No es difícil apreciar en muchas personas y grupos que defienden ta-

---

social, que es necesaria para estabilizar las expectativas normativas de los actores. Landemore critica este tipo de metáforas porque, aunque parecen menos excluyentes, connotan por su mecanicismo cierta rigidez, lentitud e inevitablemente jerarquía (2020: 5).

les propuestas motivos análogos a los nuestros. Pero la tarea no concluye en este juicio. Las Constituciones deben exigir cuentas y responsabilidades a todos los sujetos por sus acciones. Reconocer la legitimidad *a priori* de la pluralidad de creencias comprehensivas no implica seguir todos sus pasos ni emitirles un cheque en blanco. Los desacuerdos se juegan en el plano constitucional en torno a valores fundamentales. Resolverlos conlleva una labor inductiva que sólo se puede realizar caso a caso. Tal vez por eso Rawls no desarrolla los principios de justicia en disposiciones específicas. O quizá porque en estos asuntos estamos ante prácticas o juegos asistemáticos, como sugiere Pereda (2018).[41] Las reglas de derechos humanos y de la democracia representan sólo una de muchas maneras de organizar la vida pública y reflejan inevitablemente sus contextos de origen. Los cambios y la inclusión de nuevos actores confirman o desafían a diario dichas normas. Otras propuestas pueden promover el pluralismo, como Kymlicka (1996) o Villoro (1998, 2001, 2007), por referir dos autores multiculturalistas cercanos al liberalismo. Pero eventualmente implicará ir más allá de esta doctrina para revitalizarla mediante un proceso que puede ser guiado por el principio de caridad hacia la interpretación de las demandas, combinado con una introspección de alcance constituyente: de esto trata el constitucionalismo reflexivo (Dowdle y Wilkinson, 2017: 34).

Esto no torna inútiles a las Constituciones. Si clarifican el sentido que las personas atribuyen a los ideales de autonomía y autogobierno en relación con el mayor número de prácticas, se pueden buscar analogías o equivalencias funcionales que permitan colaborar sobre la base de la confianza recíproca. Una Constitución no puede estar alejada de formas sociales operativas y estables. Existe una relación bidireccional entre el derecho constitucional y una sociedad dinámica y abierta en múltiples frentes.

IV. Las Constituciones como vigilantes e intérpretes

Llegados al final, cabría sintetizar el propósito de destacar el carácter reflexivo de las Constituciones, más que el aspecto consensual sobre sus principios

[41] Recuperando la metáfora de las prácticas como juegos —en el sentido también de Rawls—, Pereda conjetura lo siguiente en relación con la moral: "muchos juegos, como el fútbol, el tenis, el póker o el ajedrez, con sus reglas constitutivas y regulativas, son sistemas. Llamémoslos «juegos sistemáticos». En cambio, hay otros juegos que, aunque en alguna medida poseen esas mismas clases de reglas, no conforman sistemas. Se trata de «juegos asistemáticos», como jugar a los policías y ladrones, a las muñecas, a «dígalo con mímica», a «las escondidas». Éstos son juegos donde la improvisación y la sorpresa ocupan un lugar central" (2018: 150).

y valores, consenso que puede ser abstracto, ideal o formal, en el sentido procedimental del constitucionalismo deliberativo; o real, que pretenda captar materialmente la voluntad del pueblo como en el constitucionalismo democrático. La prioridad puesta en la reflexividad centra la atención en las actitudes diversas —interna o externa; de primera, segunda o tercera persona— que las personas pueden adoptar en relación con todo tipo de normas en múltiples sistemas de prácticas. Las normas que se formulan socialmente, a diferencia de las leyes naturales, admiten siempre un seguimiento consciente que confirma el significado de las nociones de autonomía y autogobierno. Esto no tiene nada que ver con ser independientes respecto de todo condicionamiento contextual, como si fuéramos seres angélicos. Tampoco implica que la actitud práctica de las personas ante las normas sea siempre correcta o se apoye en un adecuado entendimiento del sistema normativo en cuestión. Simplemente puede ocurrir, y se trata de explicitar y de justificar cómo. Sobre este punto dirá Habermas:

> La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participantes *vs.* descripción y explicación empíricas), a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales, y ciudadano) y a distintas actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etcétera) (1998: 68).

Dos ilustraciones paradójicas —en cuanto lucen como amenazas— pueden servir para aclarar este punto: la primera de Brennan y Buchanan (1985) de una Constitución político-económica como mecanismo de control de decisiones particulares autointeresadas y de la planeación unilateral de los gobiernos, que asuma como un presupuesto normativo a las personas como agentes morales iguales bajo una lógica contractualista. La segunda, delineada por López Noriega y Orozco y Villa, de una Constitución tecnológica para enfrentar los retos de la inteligencia artificial:[42] es clave comprender las nuevas prácticas tecnológicas para traducir la gramática de

[42] Sugieren "convertir los aspectos conceptuales definitorios de un derecho en mandatos de operación de una máquina automatizada y establecer métricas númericas para evaluar el cumplimiento de tales objetivos". Enseguida hacen énfasis en la transparencia y en la evaluación pública de esa programación, y proponen desarrollar remedios en el caso de afectaciones a derechos, como puede ser el amparo individual o las acciones colectivas. López Noriega y Orozco y Villa (2022). El problema de incluir la lógica numérica con la que

los derechos y del control democrático a los códigos en los que ellas operan. En ambos casos se trata de indagar por instancias públicas de participación en sistemas de prácticas como la economía y las tecnologías, que se desarrollan de hecho sin control constitucional, pero cuyas lógicas deben ser supervisadas. Lo que interesa es la exigencia para las personas de conocer esta complejidad para estar en condiciones de intervenir y subvertir sus reglas. Los constitucionalistas no pueden pretender tener éxito sin contar con estos saberes.

Si las normas contenidas en la Constitución sobre los derechos humanos y el régimen democrático no se interpretan como valores, principios o reglas trascendentes al hacer humano, sino como productos contingentes de un sinnúmero de prácticas complejas y plurales, resulta plausible que la participación de sus sujetos no esté plenamente determinada. La dogmática constitucional, la filosofía política con sus teorías de la justicia, la teoría política con sus concepciones de la democracia, entre tantas otras disciplinas, buscarían reconstruir el universo regulativo de la autonomía y del autogobierno brindando esquemas que den asiento a la integración y a la cooperación social.

Sin embargo, no se debe perder de vista que en forma paralela al Estado constitucional que incluyó las doctrinas más influyentes de los derechos y la democracia pluralista, liberales y republicanas (Tribe y Dorf, 2017: 91), se desarrollan otras tantas versiones de estas dos prácticas, como también otros discursos y luchas de emancipación,[43] de persecución de valores fundamentales como libertad,[44] igualdad o dignidad,[45] pero que no emplean siquiera estas expresiones; y a menudo desconfían de ellas. Doctrinas como

---

funcionan estos sistemas fue visto por Sen (2000), que propuso cálculos para maximizar las libertades en medio de la diversidad y heterogenidad de los bienes sociales en juego.

[43] La emancipación es un concepto con un sustrato antropológico primordial que a partir de la Ilustración adquiere una connotación política, más allá de su dimensión civilista (como acto unilateral del paterfamilias); íntima, estoica o cristiana (como libertad fuero interno de carácter soteriológico); Koselleck (2012: 113-129). En el mismo sentido, Forst: "Los derechos humanos no prescriben una especificación concreta de los arreglos de una sociedad. Proveen un lenguaje que puede ser hablado en muchos idiomas, pero es el lenguaje de la emancipación" (2014: 57).

[44] Pettit propone un entendimiento ecuménico del valor libertad (2014).

[45] Al defender los enfoques humanistas de los derechos humanos contra los derechos políticos, que destacan la centralidad de las prácticas donde están inmersas las luchas políticas, Lafont subraya el papel de la dignidad como situada en el corazón de los derechos. Desde mi punto de vista, la diferencia que traza entre concepto y concepciones de la dignidad, que hacen de ésta en un pivote entre las distintas formas de vida y culturas en la práctica judicial, hablan a favor de cierto ecumenismo, en nuestros términos. Su noción no es sustantiva, sino pragmática; Lafont (2016).

el marxismo, el socialismo, el multiculturalismo y el indigenismo o el feminismo buscan instaurar instituciones que desafían con otras herramientas las doctrinas relativas a los derechos humanos y al régimen democrático.

En el contexto presente, es inevitable que las distintas doctrinas y movimientos compartan el mismo espacio con abogados de derechos y demócratas, dentro del marco de normas que las Constituciones retratan. Por lo tanto, es importante que las personas en ambos bandos actualicen permanentemente su significado, siendo conscientes de que nadie se lo puede apropiar definitivamente. Como práctica social, los derechos a menudo hacen explotar los marcos de tratamiento dogmático y jurisprudenciales, y lo mismo se puede decir de las disputas públicas sobre los alcances y los lugares de la democracia.

La amenaza de ruptura que suponen tantas veces esos discursos y movimientos de disidencia, protesta y resistencia contra los esquemas institucionales hegemónicos sugiere que las Constituciones deben quedar por encima de las luchas políticas. Ideas como las de Ferrajoli sobre la esfera de lo indecidible (2001: 36), o de Garzón Valdés, del coto vedado (1989, 1993: 648), proyectan una idea de Constitución como documento o conjunto estricto de instituciones y normas positivas que son ajenas a las prácticas que les subyacen, que corren debajo o en paralelo, y las retroalimentan. Por ende, deben resistir sus embates. Lo que la noción de reflexividad pone en duda es la pretensión de infalibilidad que supone esta actitud en el terreno público, de dar y pedir razones los individuos aquí y ahora. Una Constitución entendida de esa forma niega el derecho a la justificación en los casos concretos controvertidos. Nadie puede pretender que sus razones sean inexpugnables más allá del mérito axiológico, dogmático o histórico de una Constitución. El derecho a la justificación no radica solamente en conocer, interpretar y aplicar normas, sino en poder revisar cómo esas normas llegaron a existir, y quién es gobernado por ellas: es poder fijar normas y cambiarlas. En este sentido, la justificación es invariablemente reflexiva; no es un mero comportarse con ajuste a ciertas normas. Las Constituciones fungirían como instancias de acoplamiento estructural entre las personas a través del lenguaje de derechos y la infinidad de las prácticas sociales (Luhmann, 2010; Teubner, 2005). Ellas deben propiciar entornos para que la gente sea capaz de reflexionar sobre las acciones e instituciones que quieren para sí mismas.

El momento constituyente debe visualizarse como una fotografía que captura bajo una iluminación particular determinados principios y valores básicos, pero que posiblemente descuida algunos otros. Piénsese, verbigracia, en las personas incluidas en las Constituciones que desarrollan derechos

civiles, pero no derechos políticos, o tampoco derechos sociales, económicos y culturales, dadas las distintas circunstancias históricas. Si se representa en imágenes visuales, en seguida se destaca la relevancia del sexo, la raza, la etnia o la condición. Aparecería un álbum sin mujeres, sin afrodescendientes, sin indígenas y sin pobres en la mayoría de los Estados constitucionales.

No resulta extraño entonces que desde estos colectivos se hayan desarrollado mecanismos de crítica contra ciertas formas de implantar los valores que los derechos humanos y la democracia anuncian con bombo y platillo, pero con tan poca eficacia para la sociedad en su conjunto. Si en la práctica real los derechos y la democracia juegan un papel paradójico, que apuntalan, pero también subvierten el orden de cosas, se debe a esta disputabilidad permanente de sus principios y reglas en su aplicación contextual. Los actores políticos emplean la expresión derechos "estirándola" estratégicamente para acomodar sus pretensiones, por el prestigio público que tiene la palabra. En la práctica de luchar por los derechos, los colectivos históricamente excluidos en los Estados constitucionales reclaman revisar la historia de estos derechos y resignificar también la práctica democrática acercándola a las personas, contra sus inercias elitistas o conservadoras. Además, junto a los derechos otros lenguajes se dan cita en la esfera pública: las necesidades humanas de la mano del socialismo; las capacidades y cuidados del feminismo; o los derechos de la naturaleza de ecologistas, indígenas y altermundistas. Asimismo, aparecen renovados discursos religiosos y culturalistas-tradicionales.

Capítulo segundo

CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO E IGUALDAD

Se ha venido insistiendo en las Constituciones como guardianes de la autonomía y el autogobierno de las personas. La autonomía se actualiza institucionalmente en la noción de derechos humanos, y el autogobierno, a través de la democracia y las formas que adopta la soberanía popular: división de poderes, federalismo, sistema de partidos y régimen electoral, etcétera. En este orden de ideas, la agencia personal es susceptible de ser ejercitada de modo individual o público. La noción de agencia proyecta el significado común de libertad, que incluye habitualmente además de la libertad de arbitrio o fuero interno, una capacidad razonable de obrar conforme a los propios planes de vida. Conseguir esto con éxito implica atender las condiciones materiales y el tipo de relaciones existentes. En la perspectiva metodológica adoptada, la acción denota un modo de participación consciente en prácticas sociales de naturaleza normativa y el seguimiento apto de sus reglas.

Pero además de la libertad, las Constituciones tratan de la igualdad. Derechos y democracia demandan la equivalencia entre los sujetos políticos. Sin embargo, se constatan brechas de desigualdad que se traducen en formas de opresión, explotación, exclusión y violencia. No todas las personas son capaces de realizar sus derechos ni influir eficazmente en el poder político y en las decisiones colectivas. Las capacidades incluidas en la idea de agencia ofrecen un punto de vista para evaluar la participación y establecer un estándar de igualdad democrática (O'Donnell, 2010; Nussbaum, 2012; Sen, 2000). En relación con la dogmática de los derechos, Häberle subraya que la igualdad conecta con la libertad en las Constituciones bajo la lógica de contar con las mismas oportunidades (2020: 230).

En la medida en que esas brechas de desigualdad tiendan a pasar desapercibidas al sistema constitucional y sus instituciones garantes, cobrará relevancia el interés práctico de las personas de indagar las causas y las razones que las explican y que pretenden justificarlas.[46] Es fácil observarlas en la

[46] Este punto ha sido subrayado por Moyn (2021). Desde su punto de vista, los derechos humanos no están preparados para tratar con éxito el problema de la desigualdad.

mayoría de las sociedades; por eso extraña que la incapacidad estructural de las instancias protectoras de los derechos humanos no sea enjuiciada con un mayor rigor respecto de sus promesas de autonomía: sistemas de propiedad libertarios, tributarios regresivos, laborales precarios, de seguridad social y de la estructura de reproducción y cuidados sin perspectiva de género, regímenes políticos no participativos. Todas las Constituciones cobijan en mayor o menor medida órdenes inequitativos semejantes.[47] La idea de Ferrajoli (2018) de desarrollar un constitucionalismo de derecho privado expresa algo sorprendente, que esta rama del derecho se desarrolló —y avanza en los procesos de globalización económica— sin la debida atención o abiertamente en contra de los postulados básicos del derecho constitucional. Cabe entonces preguntar por cuál sea su fuente de legitimidad.[48]

I. La Constitución y el problema de la complejidad social

Muchos sistemas institucionales que deberían aterrizar la autonomía y el autogobierno son obstáculos directos para su realización universal y frustran los fines de los derechos humanos y la democracia. Por eso llama la atención que no sean inmediatamente ajustados a los objetivos que las Constituciones declaran. Es como si los órdenes subalternos de las Constituciones impusieran sus propios propósitos, y no a la inversa, como cabría esperar. Los ejercicios de armonización legislativa que buscan poner en coherencia Constituciones y convenciones internacionales en derechos humanos con la legislación y la reglamentación ordinarias no han sido idóneos para atender estas brechas de desigualdad aunque hayan visibilizado y rectificado dispositivos excluyentes o inequitativos. Menos eficaces han sido con la discriminación estructural, interseccional, o con la satisfacción de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En estas condiciones institucionales es difícil también lograrlo a través de la adjudicación judicial.[49]

---

47 "(L)a democracia liberal es de baja intensidad, toda vez que se limita a crear una isla de relaciones democráticas en un archipiélago de despotismos (económicos, sociales, raciales, sexuales, religiosos) que controlan efectivamente la vida de los ciudadanos y de las comunidades" (Santos, 2017: 175).

48 Contra esta motivación García Amado, por ejemplo, sostiene que la función del derecho privado —de daños y de la responsabilidad civil— es la protección del orden normativo vigente de la distribución, no indagar por su justicia (2020: 32). En sentido opuesto, Papayannis (2016).

49 En materia de derechos económicos y sociales, el problemas de la justiciabilidad a través de los tribunales es un tema persistente; Langford, Rodríguez Garavito y Rossi (2017);

Conviene hacer una digresión aquí. Que la Constitución y sus valores de autonomía y autogobierno deban influir las diversas disciplinas o subsistemas jurídicos no implica entenderla como su fuente material o formal. No cabe derivar todas las normas de los diferentes subsistemas jurídicos axiológica, lógica o gramaticalmente de los textos constitucionales. Sin embargo, no se sugiere tampoco que la validez sea sólo procedimental. La complejidad que el constitucionalismo reflexivo enfrenta exige desarrollar una concepción cognitiva y epistémica de las normas que es distinta del fundamentismo y del realismo moral; una de naturaleza pragmática, coherentista o constructivista, como en el caso de Rawls o Nino; o reconstructiva, como en Habermas. Las personas de hecho participan en prácticas diferentes, pero que se solapan. Aunque cada una de estas prácticas tiene una lógica propia, en sus cruces surgen situaciones de impulso o retardo, freno o contrapeso, que pueden ser planificadas, como el proyecto madisoniano de división de poderes; pero también ser resultado contingente de procesos no deliberados gracias a ciertas dinámicas virtuosas, como en la poliarquía de Dahl (1989). En democracia, las Constituciones suelen ser interpretadas como fundamentales por sus participantes, de modo que aunque éstas no cuenten con reglas específicas para todas las prácticas con las que conviven deben establecer límites, controles, garantías en doble vía. Cierto grado de coherencia mínima es imperativo, bajo la pena de frecuentes crisis de legitimidad. De ahí la metáfora de Habermas recuperada en el capítulo anterior: las Constituciones fungen como vigilantes e intérpretes (1996).[50] Cualquiera que sea la institución, sus reglas deberán dejar un margen para las personas *qua* ciudadanas con poderes de autonomía y autogobierno: serán creyentes fieles y ciudadanos; minorías racializadas y ciudadanos; indígenas y ciudadanos; empleados y ciudadanos; integrantes de familias y ciudadanos; comerciantes, consumidores y ciudadanos. Nótese que aunque los roles no se confunden, se influyen recíprocamente afectando y modelando el funcionamiento interno de cada práctica.

En el capítulo anterior se habló de la noción de reflexividad para referir un ejercicio del juicio de las personas participantes en prácticas, que consiste en ir y venir, subir y bajar, desde las normas básicas hacia los diseños específicos de instancias, órganos y procedimientos a través de los que se

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015); Pisarello (2007); Abramovich, Añón y Courtis (2003); Courtis (2021).

50 Forst llama a exponer mediante un análisis crítico todas las relaciones sociales que no se pueden justificar; no solamente las políticas en sentido estrecho, sino también las económicas o las culturales; es decir, todas las relaciones más o menos institucionalizadas por debajo de los criterios de justificación recíproca y general (2014: 119-120).

atienden las infinitas cuestiones sociales, económicas, políticas o culturales; en el extremo, de recurrir incluso a las intuiciones morales de las personas. A pesar de que las Constituciones no poseen una autoridad irrefutable, moral o epistémica, porque pueden ser contrastadas contra juicios particulares puntuales, gozan empero de una presunción normativa a su favor: han pasado tamices exigentes de participación y escrutinio democrático. Aunque esta presunción es derrotable indagando sus orígenes históricos, su legitimidad no se puede dejar simplemente de lado. En cada momento las Constituciones fungen como enmarques del debate público, hasta nuevo aviso: "La Constitución, evidentemente, no solo significa «procesos», sino que dispone de momentos esenciales de constancia como «ordenamiento marco» sobre todo en su referencia como ordenamiento jurídico funcional básico" (Häberle, 2002: 99).

Las Constituciones pueden aprender y mudar sus normas o algunos aspectos de su doctrina[51] cuando se pretende realizarlas en el mundo social, donde compiten con otros sistemas normativos y prácticas con valores diversos: economías de mercado, estructuras burocráticas, científicas y tecnocráticas, tradiciones culturales. Las Constituciones no inventan el mundo social de la nada. De modo que es normal que haya inercias en contra de sus imperativos, ya que estos pueden amenazar o problematizar aquellos otros órdenes; en todo caso, los desnaturalizan y los tornan contingentes. Este es el principal mérito del proyecto constitucional reflexivo, con independencia del valor de las normas en conflicto: ganar distancia e introducir la falibilidad dentro del debate público para abrir un campo amplio a la pluralidad, a la complejidad y a la incertidumbre.[52] La reflexividad juega un papel primordial en los procesos de aprendizaje, porque, aunque los principios sean claros, las políticas y reglas que se siguen de ellos no son evidentes:

---

51 Dice Cruz Parcero: "La doctrina en el derecho ayuda a normalizar los procesos de aplicación e interpretación del derecho, esto es, ayuda a generar certeza. Pero la doctrina, por más arraigada que esté debe responder a los mismos cambios del derecho y a la evolución de las instituciones políticas y jurídicas. Las teorías jurídicas no son verdaderas ni falsas en el mismo sentido en que lo son las teorías científicas, su éxito depende tanto de su consistencia y coherencia, como de su utilidad" (2017: 105).

52 Expresa Valdecantos: "La doctrina y la teoría no son de ninguna manera lo mismo. En lo tocante a la política y a lo político, la teoría es precisamente el examen que se lleva a cabo cuando se ponen en suspenso las reglas del juego de proponer doctrinas, defenderlas y discutirlas. Hacer teoría en contextos políticos es describir la desnudez del rey… Sin duda, no es nada fácil que el teórico pueda expresarse con franqueza porque, de ordinario, estará sujeto a múltiples amenazas de extorsión y porque, por regla general, quien se entrega a la teoría tiene bien a la vista la fuerza destructiva del vórtice en que está atrapado. Seguramente ninguna forma de teoría derribará nunca ningún imperio ni ningún trono, pero sí muchos buenos propósitos, deseos pidadosos, convicciones y esperanzas" (2016: 422).

> Las conclusiones sobre qué deberíamos hacer, en un contexto particular, pueden depender de todo un conjunto de hechos sobre el mundo acerca de los que los filósofos pueden saber poco o nada. Son los científicos sociales —economistas, sociólogos, psicólogos, politólogos— quienes (se supone) son expertos en cuestiones relativas a cómo funciona el mundo (Swift, 2016: pos. 295).

Cabe la posibilidad de que algunos de estos regímenes —patrimonial, fiscal, empresarial, laboral, de seguridad social, familiar— terminen siendo justos. Sin embargo, contrastarlos con la Constitución sirve para mover el terreno de las justificaciones o las canchas de juego argumentativas. Esto quiere decir que es respecto a la autonomía y al autogobierno donde todas estas prácticas deben acreditarse como correctas, no en el ámbito de sus fines intrínsecos. En la medida en que no fueron diseñadas para realizar esta tarea, se pueden anticipar resultados negativos. Las evidencias acreditan que este tipo de prácticas suelen afectar las condiciones normativas y materiales de la agencia personal: frustran tanto derechos como democracia. Dentro de sus propósitos, autonomía y autogobierno no tienen un papel relevante, y se subordinan a la lógica de códigos y estructuras objetivos sin apreciar a las personas como libres, iguales y dignas. En muchas de estas prácticas no se satisface el imperativo de justificación y de recíproca atribución de responsabilidades a los participantes. Se supondría que el orden constitucional funcione en distintos niveles, de los individuos a las instituciones, y de éstas al sistema jurídico global, buscando algún grado de coherencia. No obstante, ésta no puede ser determinada *a priori*. Sería un error atribuir a cada una de las instituciones las cualidades de sus participantes, y a la Constitución, las de sus instituciones en singular: justificar pretensiones exige entender las prácticas normativamente sin perder de vista sus especificidades (Vermeule, 2011).

Como indica Habermas en su concepción discursiva del derecho, éste "tiene que mantener su fuerte pretension de que ni siquiera el susbsistema regulado a través del dinero y el susbsistema regulado por el poder administrativo pueden sustraerse por entero" (1998: 105). A través de los derechos se operan traducciones entre las personas, la política y la economía, sin que se confundan ni colapsen unos con otros. El derecho de propiedad, por poner un ejemplo, se puede ver, según Luhmann, como baluarte de la autonomía en el ámbito económico fungiendo como garantía de los participantes en las prácticas de intercambio y monetarias. Por ende, considera que la propiedad no debe quedar expuesta a dinámicas expropiatorias, sino sólo a medidas recaudatorias fiscales. Si no fuera así, las prácticas económicas se tornarían inciertas (2010: 205-236). En sentido contrario, respecto

de la propiedad, expresa Häberle: "La transformación de la propiedad es la socialización práctica de la *libertad* iusfundamental: ella se vuelve general, pública. El principio del Estado social legitima al Estado prestacional para coger más, ahí donde sin contribución propia se adquiere patrimonio (impuesto a la herencia, ganancias debidas a especulaciones)" (2020: 229). Como se puede notar, con independencia de cuál concepción de justicia se prefiera, las Constituciones no están mudas en relación con el sistema de propiedad[53] o fiscal[54] ni de otras instituciones que tengan incidencia profunda en valores básicos.

Fraser y Jaeggi (2019; Fraser, 2017; Jaeggi, 2017) critican que se mire al capitalismo con un enfoque solamente económico. El capitalismo con sus estructuras de propiedad y relaciones de intercambio depende de condiciones contextuales y antecedentes que no son económicos —o sea, que no se explican dentro del discurso capitalista—. En conjunto, estas características configuran un orden social capitalista, no sólo reductivamente una economía capitalista. Sin embargo, esto no significa que esta lógica domine la vida pública por completo en forma unilateral. Ella convive con un sinnúmero de prácticas con distintas normatividades y gramáticas, como las relacionadas con la reproducción (en oposición a la producción); u orientadas a la política, a la democracia o a la solidaridad.[55] En el constitucionalismo reflexivo las normas fundamentales han de explicitar el sentido público de todas las prácticas asociadas con la autonomía y con el autogobierno de las personas, incluso de aquellas que lo hacen incidentalmente. Thévenot y Boltanski (2006) sostienen que es posible transitar entre órdenes de justificación diversos; por lo menos, arribar a compromisos entre ellos. Pero en cualquier caso se deben explicitar los valores, los principios y las reglas que cada uno

---

53 Por referir a dos autores con posiciones contrarias: Ackerman (1977), y Epstein (1985).

54 En este punto Piketty es contundente: "el desarrollo de nuevas formas de progresividad fiscal y de superacion de la propiedad privada por la propiedad social y temporal podría requerir cambios constitucionales. No se trata de algo que no hayamos visto antes. En 1913, la Constitución de Estados Unidos tuvo que ser enmendada para permitir la creación de un impuesto federal sobre la renta y, posteriormente, un impuesto federal sobre las sucesiones" (2020: 1884).

55 Fraser expone una concepción distinta de las prácticas a partir de Foucault, pero con una intuición normativa semejante; destaca que su propio punto de vista es de una teórica y de una agente política: "como partidaria del movimiento feminista y participante de él, insistí en hacer responsables a los nuevos paradigmas teóricos por las exigencias de la praxis política; al mismo tiempo, como teórica social crítica, intenté evaluar la viabilidad de formas alternativas de praxis a la luz de los resultados de la reflexión teórica" (2020: 13). El poder es "capilar", se ejercita en las "microprácticas" de la vida diaria —no solo en las económicas ni en las estatales— y tiene más que ver con éstas que con nuestras creencias (*idem*: 28).

de estos sistemas de prácticas tienen. Si la justificación se concibe circular o reticularmente, no en forma linear como una tubería (Sosa, 2009: 240), entonces es posible que las normas constitucionales repercutan sobre otras prácticas enlazadas con ellas.

Se podría oponer a este enfoque una lectura más compleja del orden social, como la que lleva a cabo Innerarity (2018, 2020, 2022) al criticar la simplicidad de varias instituciones políticas actuales. Cada subsistema social tiene sus propios principios organizativos, y no admite ser controlado por otros; no al menos sin trastocar su naturaleza. En la crítica de Habermas a este tipo de enfoques funcionalistas se muestra una visión cada vez más optimista sobre la posibilidad de comunicación entre diferentes sistemas sociales y la deliberación democrática. De *Teoría de la acción comunicativa* a *Facticidad y validez,* Habermas pasa a considerar que el derecho es una práctica apta para traducir los imperativos de los otros sistemas sociales a una racionalidad comunicativa en la búsqueda del entendimiento, cara a cara.[56] Esos códigos se captan como ruido en la opinión pública, pero mediante los canales de representación democrática y de los derechos atraviesan las esclusas jurídicas. En los parlamentos, en los tribunales y en otras instancias participativas las pretensiones conciliables con el orden constitucional podrán ser admitidas siempre que no acarreen intereses que sean excluyentes. El ideal constitucional refleja en forma simultánea autonomía y autogobierno, que describe como autonomías privada y pública. Pero incluso en Luhmann los derechos humanos cumplen la función de comunicar distintos imperativos entre las instituciones (2010). También el régimen democrático suma esta tarea comunicativa: hacer circular las demandas ciudadanas.

El enfoque de las prácticas se refiere a la conducta social desde la perspectiva de los participantes que actúan las normas de cualquier orden institucional. Por complejos que sean los códigos de operación, los participantes adoptan posiciones prácticas y tratan de responder cuando les piden cuentas. Se puede contar con mayor o menor cultura constitucional, pero no se puede ignorar la importancia de los derechos humanos y la democracia en los debates más serios en la esfera pública. Innerarity capta esta intuición respecto al sistema económico:

> Esta idea de que los consumidores son más inteligentes que los electores, que las masas son sabias en el mercado pero locas en la política, que los consumi-

[56] En sus primeras obras señala que los sistemas tienden a colonizar con racionalidad instrumental o estratégica el mundo de la vida, que posee una racionalidad comunicativa (1999). Esto cambia al admitir una comunicación más fluida entre sistemas y mundo de la vida a través del derecho (1998).

> dores son lúcidos y los votantes están desconcertados, no se corresponde con el hecho de que la nueva complejidad afecta a ciudadanos y organizaciones tanto cuando son agentes del sistema económico como cuando forman parte del sistema político (2020: 66).

El autogobierno reclama una forma de entender al régimen distinta de la imagen utilitaria del *homo economicus;* de ahí la opinión de Piketty: "Las cuestiones socioeconómicas son demasiado importantes como para dejarlas en manos de los demás. La reapropiación del conocimiento por parte de los ciudadanos es un paso esencial en la lucha por la igualdad" (2021: 257).

La perspectiva de las prácticas, a diferencia de concepciones sistémicas, funcionalistas o dogmáticas, no retira a la gente la dignidad de sus razones íntimas. Tales concepciones niegan el derecho básico a la justificación. Las Constituciones ofrecen gramáticas para que esa justificación tenga sentido para participantes que se comprenden como libres e iguales. Cabe insistir en que las nociones de autonomía y autogobierno no implican la pretendida independencia de seres ideales o angélicos. Son compatibles con personas con vidas precarias que se duelen del orden de cosas actual, que lo perciben injusto, que disienten y protestan, aunque sean incapaces de explicitar cabalmente en dónde el sistema falla.

Este capítulo trata del valor de la igualdad en las Constituciones y destacar la noción de reflexividad. En el apartado anterior se observaron los ideales de autonomía y autogobierno que se instituyen a través de los derechos humanos y del régimen democrático. Alrededor de estas instituciones se han desarrollado doctrinas que buscan dotar a dichos ideales de un sentido coherente útil a sus actores, funcionarios o ciudadanos.

Frente a tales doctrinas surgen otro tipo de demandas sociales articuladas en diversos lenguajes, pero cuyos motivos resultan plausibles bajo un principio de caridad hermenéutica (Dowdle y Wilkinson, 2017). Las denuncias en torno a las necesidades, a las identidades, a la cultura, al territorio; incluso algunas protestas radicales expresadas en una forma desarticulada se pueden juzgar como reclamos de libertad e igualdad.

Por ende, se propone un entendimiento ecuménico de las normas de derechos humanos y del régimen democrático en diálogo con otros discursos sobre justicia, emancipación, poder político, comunidad o solidaridad. En la filosofía política y jurídica se han desarrollado modelos que enmarcan varios de estos discursos y compiten con las versiones constitucionales liberales y republicanas que dominan la discusión actual: utilitarismo, libertarismo, socialismo, multiculturalismo, feminismo, ecologismo, entre otras doctrinas que proyectan concepciones distintas de ciudadanía, de sus relaciones y del

orden político. El equilibrio reflexivo "amplio" de Rawls, por oposición al "estricto", reclama explorar más de una de las concepciones de justicia que circulan en nuestra tradición filosófico-política (2002: 57). Esto no riñe con la apropiación de otros saberes, como la economía, para revisar nuevas formas de acomodar sus postulados y la Constitución. Diversas instituciones jurídicas se desarrollaron para realizar fines económicos; verbigracia, el derecho de contratos, el de daños, el patrimonial y tributario, e incluso el familiar. Desde el derecho constitucional y sus valores estos son asuntos que se deben discutir.

Sin embargo, cuando las concepciones de justicia se discuten en el plano de los paradigmas teóricos es difícil acometer dicha empresa ecuménica.[57] En este plano las contradicciones e inconsistencias son tenidas por vicios que deben ser erradicados, y no se puede transigir con ellos. Afortunadamente, la pluralidad en las creencias actuales de la gente no tiene correspondencia exacta con los paradigmas académicos que pretenden reflejarla.[58] En el mundo real las personas poseen determinadas creencias, más o menos informadas por tales doctrinas, pero en su vida cotidiana no tienen un gran compromiso con ellas ni con su coherencia; no más que con las relaciones sociales en las que participan, o con los problemas que enfrentan a diario. Pruébese preguntar a cualquier persona, incluso a una instruida en ciencias sociales y humanas, si se califica como liberal, libertaria, republicana, utilitarista o socialista, y luego discutan problemas diversos. Seguramente no tardarán en aparecer desacuerdos profundos, y, sin embargo, la convivencia y la cooperación no se suspenden definitivamente.

---

[57] Al discutir diversas posturas marxistas, Moyn revisa la relación entre neoliberalismo y derechos, y llega a la conclusión de que éstos deberían limitarse a tareas minimalistas fuera del campo socioeconómico porque no tienen mucho qué decir sobre la cuestión de la igualdad (2021:10). Que él tenga razón desde el punto de vista histórico y doctrinal, no rebate nuestra tesis pragmatista sobre los usos novedosos de los derechos en ciertos contextos para los que tal vez no fueron previstos. Por supuesto, es básico conocer los límites de su discurso y de sus instituciones garantes para no atribuir a los derechos virtudes que no le corresponden.

[58] Dice Valdecantos: "A pesar de que la elaboración, discusión y estudio de doctrinas políticas son, ciertamente, partes del uso de algo mucho más amplio que, con toda naturalidad, puede llamarse «lenguaje político» —y que incluye los discursos de los tribunos, las quejas de los súbditos, las resoluciones de los gobernantes, las proclamas de los revoltosos, las alabanzas de los turiferarios, las mixtificaciones de los plumíferos y una multitud ingente de juegos de lenguaje—, es en la tarea estrictamente doctrinal donde se encuentra lo más característico del modo peculiar de falsedad que distingue a todo lenguaje político de otros modos de expresión" (2016: 410). Esta modalidad de uso del lenguaje político funcionaría como una práctica extorsionadora, que recuerda la idea de Gargarella de la extorsión electoral aneja a las fórmulas de votación sin deliberación, en cuanto a lo que ideológicamente esconden (2021: 196-203).

De modo que para el constitucionalismo reflexivo los conflictos entre paradigmas son un problema aparente.[59] Este tiene que ver con dos prácticas socialmente extendidas gracias a las Constituciones: los derechos y la democracia. Sobre estas prácticas los juristas no poseen mayor autoridad epistémica o normativa. Ellas se desarrollan con independencia de los modelos que aspiran satisfacer. Derechos y democracia acreditan la persistencia de un tipo especial de instituciones que se han logrado estabilizar en la sociedad moderna desde la perspectiva interna de sus participantes. Algunas veces consiguen reflejar en sus normas los ideales de justicia y legitimidad que prometen, pero otras apenas alcanzan compromisos prudenciales. Si bien los juristas teóricos y prácticos tratan de aclarar su significado de un modo coherente, *de facto* no cuentan con el poder de controlar sus desarrollos. Esto quiere decir que una sentencia del tribunal constitucional, una ley o una orden ejecutiva pueden no satisfacer las expectativas normativas de la gente, y aunque haya instancias encargadas de proferir la última palabra y clausurar las deliberaciones, una brecha marcada entre ésta y el sentido común colectivo puede generar una crisis de legitimidad en el orden constitucional. Por esto los funcionarios no pueden eludir preguntarse por el significado social de tales prácticas. El imperativo de justificación es inherente al espacio público en donde están incluidos todos y cada uno de sus participantes. En este sentido, dice Gargarella: "cuando separamos los formalismos jurídicos, el palabrerío innecesario, la jerga judicial empleada de manera indebida, notamos que los jueces ofrecen argumentos que no difieren demasiado de los que encontramos todos los días en la calle o en cualquier bar, cuando dos amigos conversan sobre el tema" (2015: 9).

Regreso a la cuestión de la igualdad. Lo que sostendré es que las diferencias en las creencias de la ciudadanía cuando disputan en el terreno los problemas concretos, económicos, sociales, culturales, favorecen mejor que en el plano de los paradigmas las motivaciones prácticas de las personas; por tanto, dan pauta al diálogo ecuménico propuesto. Trato de ilustrarlo: que mediante protestas, marchas y plantones las mujeres campesinas indígenas defiendan su territorio y el acceso al agua enfrente de una industria neoextractiva, cuando al mismo tiempo carecen de oportunidades educativas y políticas en su propia comunidad es un asunto que reclama *a priori* una toma de posición práctica. El relato se puede hacer más denso y complejo,

[59] Pereda señala en los mismos términos: "De seguro la complicación es en gran medida aparente, no real. Surge más de la reconstrucción teórica y de la formulación verbal —acaso enredada por algunos términos tradicionales que se usan en dicha formulación— que de aquello a lo que nos referimos" (2018: 160).

sin duda; pero si no se abandona la problemática real de estas mujeres, tal como ellas son capaces de elaborarla y procesarla, considero que pasa a un lejano segundo plano preguntar cuán liberales, republicanas, socialistas o feministas son. Se puede desconfiar de sus métodos y señalar que sus demandas no son equivalentes estrictamente hablando a derechos humanos, además de que amenazan las formas habituales de expresión de la democracia pluralista. Sin embargo, basta que se pueda reconocer la responsabilidad pública de justificar las acciones estatales en relación con dichas pretensiones. Ser tratado como persona, con la misma consideración y respeto, implica no ignorar los reclamos de estas mujeres campesinas indígenas en cualquier formato que se expongan.

El constitucionalismo reflexivo coincide con el constitucionalismo deliberativo en el énfasis en la justificación de las decisiones públicas, en hacerse cargo de dar razones frente a todas las pretensiones que acontecen en el espacio público. Si añade un matiz distinto; éste consistiría sólo en la actitud escéptica radical, pero epistémicamente caritativa sobre la naturaleza y la calidad de las razones públicas, cómo éstas se deban juzgar y tener en cuenta. El ecumenismo que se postula es un corolario del valor de la pluralidad en dirección de la igualdad y la solidaridad más allá de su ascendiente liberal. Básicamente insiste en la cuestión de la contingencia social en la que surgen y se desarrollan nuestros ideales normativos.[60]

De manera genérica, la pluralidad se suele asociar al liberalismo político (Rawls, 2006). Para esta doctrina, el poder público respaldado por la violencia estatal no se puede inmiscuir en las creencias personales. La gente tiene derecho a profesar la fe, la ideología, la idiosincrasia que prefiera. De igual forma, en las democracias liberales no se pueden descalificar *a priori* las pretensiones particulares de la ciudadanía, que son contabilizadas como intereses o preferencias. No sería liberal erigir una autoridad epistémica o moral que prejuzgue los intereses individuales. En las Constituciones de los derechos y en la democracia liberal esta ha sido la imagen predominante de la pluralidad: un atributo de las personas a su entera disposición. En efecto, en las sociedades liberales las subjetividades suelen ser complejas y transitar reflexivamente entre doctrinas —incluso religiosas— y entre planos de socialización diversos, desde lo local, pasando por lo nacional, hasta el ámbito global. Este mérito es indiscutible en estas sociedades. Sin embargo, insistir en la reflexividad conlleva la capacidad de problematizar también esta ima-

[60] Giuffrè (2022) interpreta el constitucionalismo deliberativo como sensible al factor contingencia; lectura que admite Gargarella (2022). Es un acierto marcar este punto. El constitucionalismo reflexivo apunta en la misma dirección.

gen de la pluralidad que describe sólo la trayectoria histórica formalizada en el paradigma constitucional hegemónico.

Difícilmente todas las pretensiones públicas de las personas pueden comprenderse como intereses o preferencias subjetivas. Las fuentes sociales y materiales de las creencias no están enteramente a su disposición, aunque retengan la aptitud de guardar una cierta distancia. Los individuos se socializan en entornos complejos, y suelen normalizar los sistemas de prácticas en que se hallan inmersos. Como en el enfoque de las prácticas sus normas se actualizan en las acciones de los participantes, sobre todo al enfrentarse a situaciones novedosas, siempre cabe el aprendizaje.

No obstante, un problema de las Constituciones con democracias liberales es el estrecho margen de expresión que deja a los intereses personales o grupales que no se pueden traducir sencillamente a preferencias subjetivas; verbigracia, los que se relacionan con creencias comprehensivas, como las religiosas o culturales, a las que quiero añadir de modo enfático algunas ideologías económicas (igual comprehensivas) que repercuten en las necesidades humanas, bienestar, merecimiento o distribución justa de la riqueza. Como en el relato anterior de las mujeres campesinas indígenas en situación de injusticia, todas las personas participan diariamente en discursos y movimientos, no exclusivamente los filósofos políticos o jurídicos que modelan los paradigmas.

Cuando estas mujeres elevan una pretensión pública, protestan, marchan, ocupan, resisten o debaten, es lo más probable que su causa no se pueda clasificar fácilmente bajo ninguna de las doctrinas. Esta cuestión sin duda tiene algún interés práctico, pero no es lo primordial. Si actúan y debaten como mujeres, desde el género; como campesinas, desde la clase; como indígenas, desde la etnia o raza; o como ciudadanas, bajo el ideal democrático; no es ello lo que importa en ninguna circunstancia. En situaciones de este tipo, solamente una falta de reflexividad de los tribunales o de la academia llevaría a exigir a estas mujeres que elaboren sus demandas con completo rigor, claridad y consistencia bajo la dogmática de los derechos humanos y de la democracia representativa.[61] Lo más probable es que sus demandas revelen tensiones y contradicciones. No existen motivos razonables para pensar que deban alinearse con un derecho específico plenamente justiciable a través de las instancias judiciales, audibles en los órganos de representación política o ejecutables por las burocracias. Sin embargo, esta situación no debe conducir a abdicar de la responsabilidad pública.

[61] Rodríguez Garavito lidera un proyecto mediante talleres con académicos y activistas que realizan ejercicios narrativos para visibilizar reclamos de colectivos excluidos (2019).

II. Desigualdad y déficit de reflexividad constitucional

He hablado de demandas de mujeres indígenas campesinas sin educación escolar para ilustrar cómo la pluralidad puede traer a la esfera pública problemas que no tengan traducción simple al lenguaje de los derechos y del régimen democrático, tal como éstos se instituyen y se pretenden garantizar en los tribunales, en los parlamentos o en las burocracias. Sin insinuar que tales demandas sean ininteligibles, no se puede negar la dificultad de brindar una respuesta estatal unívoca para todas ellas. Los problemas de acceso a la justicia y de la participación política por ser mujeres; la falta de titularidad de derechos de propiedad; la compleja relación entre la economía reproductiva, la esfera productiva y de intercambio, el desarrollo sostenible y las prácticas culturales frente a la naturaleza; las estructuras de socialización paralelas a los sistemas escolares y cívicos, entre otras, configuran escenarios de prácticas colectivas con fines infinitamente diversos.

Sin embargo, esta ilustración de un caso de pluralidad extrema como fuente de desigualdad puede llevar a confusión sobre la propuesta que se defiende. La persistencia de la desigualdad entre personas y grupos por cuestiones redistributivas de clase; de estatus y reconocimiento; o la falta de equidad en la participación y representación política (Fraser, 2008), suele centrar el análisis de la justicia en ciertos colectivos cuya desventaja es acusada. Las Constituciones y los documentos internacionales consignan así cláusulas antidiscriminatorias para categorías prohibidas o clasificaciones sospechosas: sexo y género, raza, etnia, nacionalidad, religión, ideología, entre otras.

Estas categorías en el espacio público aparecen como minorías, grupos vulnerables o desaventajados. De esta forma, el derecho consigue visibilizar algunas de las principales causas de discriminación. En términos prácticos, la discriminación se revela en actitudes de menosprecio, en el rechazo a ser tratados como iguales, con la misma consideración y respeto que el común de las personas. Materialmente se traduce en brechas de acceso a derechos, oportunidades y bienestar.

Pero más allá del enfoque antidiscriminatorio, el constitucionalismo reflexivo subraya que los daños a los derechos y a la democracia son una consecuencia bastante predecible de ciertas instituciones, no casos aislados ni fortuitos. En sí, la normatividad de varias prácticas expropia de las personas sus atributos como participantes, pese a que impacten más en aquellos grupos vulnerables. La precariedad de la vida de gran parte de la población

mundial, incluso en los países desarrollados, evidencia los efectos perversos de tantas prácticas dejadas a sus lógicas.[62] En Latinoamérica, la pobreza, la exclusión y la marginación son aún mayores.

Desde este punto de vista, en relación con el sistema constitucional, muchas de las prácticas que se critican han corrido paralelas al desarrollo de las instituciones estatales, en específico a los derechos y al sistema político, sin converger en sus fines.[63] Por ende, no cabe esperar que rindan cuentas en términos de sus valores. Esto quiere decir que es posible participar inteligiblemente dentro de éstas sin tener que responder a reclamos normativos. En las prácticas de producción o de intercambio que se asocian típicamente al capitalismo, las personas realizan los roles de fuerza de trabajo, mercancías o, en todo caso, se asume sin justificación que las personas ingresan en ellos siendo independientes y autosuficientes. Todo condicionamiento anterior para la reproducción de la vida humana y los propios mercados se dejan de lado; a saber: la esfera familiar y del cuidado, los sistemas de educación, salud y seguridad social, o el medio ambiente. Quienes critican las prácticas económicas como si trataran con personas con dignidad, con seres de carne y hueso con una mirada antropológica densa y compleja, son descalificadas como participantes incompetentes. Por ejemplo, las mujeres que denuncian la inequidad en el mundo político o empresarial porque no hace sitio a la maternidad y la crianza, por ejemplo, seguramente no han entendido lo que el mundo y el orden social *es* (Álvarez Medina, 2021).

En el sentido genérico de las instituciones de mercado y estado que son asimiladas a una competencia por recursos, bienes, intereses o votos, las mujeres son iguales siempre que comprendan de qué van estos juegos, y no los confundan con otras prácticas cooperativas, solidarias u otras prácticas públicas, como las relacionadas con los derechos humanos y la participación democrática. Con esta perspectiva, la misma desventaja se puede esperar para la niñez, la juventud, las personas ancianas, las enfermas o con discapacidad. De igual forma, se pueden anticipar problemas de acceso para las personas sin techo, sin empleo e ingresos, sin preparación académica básica,

---

62 Dice Piketty "Para reparar el daño causado por el racismo y el colonialismo debemos sobre todo cambiar el sistema económico de forma sistémica, reduciendo las desigualdades y garantizando un acceso lo más igualitario posible a la educación, al empleo y a la propiedad, independientemente del origen de cada uno. Eso requiere políticas antidiscriminatorias ambiciosas, coherentes y verificables, sin por ello hacer rígidas las diferentes identidades, que siempre son plurales y multidimensionales" (2021: 103).

63 Que evolucionaran en paralelo no significa que exista una relación causal entre esas instituciones, como se denuncia a menudo de la relación entre derechos humanos y neoliberalismo. Sobre esto insiste Moyn (2021).

técnica o profesional, o con desnutrición. Como dice Cossío: "Qué vaya a aceptarse en los próximos años como una humanidad mínima, es una cuestión; cómo vayan a relacionarse entre sí las personas, es otra; cómo vayamos a ordenar la vida social, es una más. Todo lo anterior impone cargas enormes a diversos campos de reflexión. Desde luego a la ciencia jurídica…" (2018: 24 y 25). Sin embargo, ésta se halla en una crisis sobre lo que se ha de considerar aceptable para organizar la convivencia social a partir de la definición de los ámbitos individuales y colectivos.

Lo que pretendo mostrar es que el sentido normal de las prácticas que habitamos es la causa principal de la privación de derechos y de la exclusión política de las personas; la lógica operativa de sus reglas constituye un tipo de relaciones que oculta y regatea sus condiciones de acceso y reproducción social. De modo distinto a la configuración de prácticas relativas a derechos o a la participación democrática que constituyen una ciudadanía igual, otras prácticas configuran estatus diferenciados, estratificados y desiguales: ser inversor, propietario o empleador no se parece en nada a ser un sujeto que no tiene sino su fuerza de trabajo para intercambiar. No existen correctivos de equidad efectivos, tal como funcionan ahora tales prácticas, que autoricen a enjuiciar constitucionalmente sus injusticias y daños a la autonomía y al autogobierno. El conjunto de prácticas a través de las que se organiza la recaudación tributaria; el patrimonio de bienes tangibles o intangibles (propiedad intelectual, patentes); los bienes privados, sociales, públicos o comunes; el sistema civil y mercantil de los contratos; el derecho de familia conformado desde un orden tradicional con un ascendiente religioso conviven en los Estados contemporáneos sin que hayan atravesado públicamente el tamiz deliberativo de las Constituciones; es decir, no han pasado el filtro crítico de los enfoques de los derechos humanos y la democracia.[64]

Sobre esto cabe decir algo importante. Dentro del marco de la teoría jurídica positivista la validez de las normas es procedimental. Éstas derivan su validez de una norma fundamental autoritativa. No obstante, esta norma es sólo una hipótesis pragmática sin referentes materiales que corona y clausura el sistema de derecho. Por lo tanto, no incorpora los valores que el constitucionalismo estima básicos: derechos humanos y democracia. Aquella hipótesis abstracta no se refiere a prácticas en curso, sino consiste en una

[64] Otra vez Piketty: "la desigualdad es ante todo una construcción social, histórica y política. En otras palabras, para un mismo nivel de desarrollo económico o tecnológico existen siempre múltiples formas de organizar un régimen de propiedad o un régimen de fronteras, un sistema social y político, un régimen fiscal y educativo. Son elecciones de naturaleza política" (2021: 13).

construcción teórica que es útil para los operadores jurídicos desde el punto de vista disciplinar del derecho. La cuestión de la validez no tiene que ver desde este enfoque con preguntas relativas a la moralidad, a la ética, a la política o a otras convenciones sociales; no puede ser evaluada desde la perspectiva de la ciudadanía. Debido a la formación de los abogados, neutral en torno a valores, así han logrado persistir todas aquellas normas jurídicas que no han pasado por una evaluación sustantiva.

Además de las cuestiones indicadas sobre la esfera del cuidado, la familia y la reproducción social, se suman otras desigualdades y causas de precariedad, desventaja y exclusión, como el caso de formas culturales de interacción con la naturaleza: pueblos indígenas o tribales que rechazan las formas de apropiación, explotación, intercambio o consumo de recursos de la economía de mercado. De igual modo, no se deben menospreciar otras formas de discriminación que son difícilmente aprehensibles con una óptica material: la raza, la identidad de género y la orientación sexual revelan mecanismos de cierre social absurdos desde un punto de vista económico, pero que son motivos poderosos de daño y exclusión, privación de derechos, oportunidades y bienestar (Rodríguez Zepeda, 2006). Y tampoco se debe limitar el cierre social a los estigmas descalificadores de personas y grupos; ya que, a falta de diferencias visibles, como sexo, raza, etnia, religión o clase (Goffman, 2006), bastan los motivos más peregrinos para discriminar, como "los que llegaron antes y los que llegaron después" (Elias y Scott, 2015).

Por eso es prioritario reflexionar sobre la idea de Ferrajoli (2018), de un constitucionalismo de derecho social o privado, como el que se piensa en el derecho de familia actual. Se debe avanzar en la dirección de domesticar todas aquellas prácticas sociales que se desarrollan sin atribuir un estatus paritario a sus participantes como titulares de derechos humanos, lo que no equivale a confundir todos los roles y las posiciones de juego. Para dar forma a la intención de transformar el derecho constitucional en dirección de las prácticas antes intocadas, existen propuestas interesantes desde el socialismo y desde el sur, como el experimentalismo democrático de Unger (1999); las utopías reales de Wright (2014); el socialismo participativo de Piketty (2014, 2020, 2021);[65] el constitucionalismo latinoamericano de Gargarella (2021), Rodríguez Garavito (2008, 2011) o Bonilla Maldonado (2015, 2016). Muchas se pueden poner en coherencia con prácticas relativas a los derechos humanos y al régimen democrático

[65] En Piketty (2021: 249) habla de un socialismo democrático, federal, descentralizado y participativo, ecológico y con mestizaje social, de fiscalidad progresiva y de reparto de poder en las empresas.

para apuntalar autonomía y autogobierno, y para cerrar las brechas de desigualdad. Otro mundo constitucional es posible sin socavar sus normas básicas, apreciándolas en su sentido auténtico. No obstante, esta transformación quizá afecte ciertos órganos cuyas reglas sean obstáculos para aterrizar las nuevas normas. Muchas prácticas se han desarrollado ajenas al constitucionalismo, como asuntos técnicos. Piénsese en los sistemas de la propiedad, contractuales, familiares, tributarios, los relacionados con el derecho administrativo o con el medio ambiente. Éstos no fueron alineados nunca deliberadamente con el sistema de derechos o con el régimen político y, por tanto, se podría decir que crecieron de forma silvestre. Cabe preguntar qué nuevo rostro adquirirían si sus normas fueran reelaboradas con la participación pública de la ciudadanía, y específicamente justificando su sintonía con los derechos y con el ideal democrático. El caso del derecho de familia resulta paradigmático.[66]

Sospecho que propuestas y críticas como las del ingreso ciudadano universal o renta básica (Parijs y Vanderborght, 2015); de la propiedad, sus alcances y usos (Roldan Xopa, 2018);[67] del derecho a la ciudad y al espacio público (Fainstein, 2011; Soja, 2010); de la fiscalidad progresiva a patrimonios y herencias (Piketty, 2020; 2021); del derecho civil y de contratos (Correas, 2006); de las autonomías indígenas o tribales (Villoro, 1998); de los instrumentos participativos de democracia local, sindical o económica (Landemore y Ferreras, 2016); del cambio en las estructuras del trabajo y del cuidado para la reproducción material y la conciliación de la vida familiar (Tronto, 2013, 2015; Camps, 2021), por ejemplo, son indicativas de rutas constitucionales dignas de ensayo. Varias de estas propuestas incorporan el enfoque de los derechos y no comprometen la autonomía personal; su objetivo es barrer con los obstáculos para el ejercicio de los derechos y la participación de las personas con idéntico estatus en las prácticas políticas compartidas.

Una versión del orden constitucional atomizado de individuos con intereses particulares propicia un tipo de herramientas procesales de combate

---

66 El lenguaje de los derechos ha calado hondo desde un punto de vista antropológico, observa Lomnitz: "Hay familias que establecen reglas internas inspiradas en la cartilla de los derechos humanos, e incluso niños que reclaman derechos a sus padres" (2022: 130). En el mismo sentido, Tamura (2020) emplea el caso de la familia para mostrar la influencia de las prácticas deliberativas no estrictamente políticas que retroalimentan el sistema democrático-constitucional, visibilizando otros espacios para el autogobierno.

67 El caso de la propiedad intelectual y artística es interesante, dado que se trata de bienes intangibles que son infinitamente divisibles; por lo tanto, su carácter excluyente se percibe arbitrario con más fuerza; Mason (2016).

a la discriminación, cuyo fin es proscribir caso a caso los tratos arbitrarios no justificados relativos a las clasificaciones prohibidas. Pero la perspectiva centrada en los prejuicios es estrecha, como indica Ackerman (2009). Él propone no atender tanto la sustancia de las creencias sospechosas como las formas en las que los legisladores y planeadores arribaron a ellas. Si se piensa que la mayoría de las defensas contra estas formas de discriminación reaccionan a experiencias puntuales, pero sin apreciar al sentido de las prácticas que las enmarcan, esto las torna ineficaces para transformar las condiciones que causan injusticias. Éste es un problema que se puede comprobar en el impacto reducido de los protocolos de actuación dirigidos a tribunales[68] o en varias de las políticas públicas que pretenden incluir el enfoque de género, multicultural, etaria (Merino y Vilalta, 2014; Merino *et al.*, 2015; Rodríguez Zepeda y González Luna, 2019).

Saba (2016) señala el carácter estructural de las desventajas producto de situaciones históricas de opresión, explotación, colonialismo, xenofobia, racismo, patriarcado, homofobias o transfobias. Su crítica a las respuestas institucionales construidas bajo la supuesta neutralidad del criterio de igualdad ante la ley, que asume que el Estado constitucional actúa de modo imparcial, visibiliza estructuras de clase reproducidas por el propio orden jurídico. A menudo la desigualdad es resultado de prácticas sociales y estatales que conducen al sometimiento de grupos.

El ideal del constitucionalismo reflexivo y su enfoque social pragmático buscaría aprovechar este tipo de reconstrucciones críticas de las normas inherentes a varias instituciones para ponerlas a disposición de sus participantes. Es fundamental que quienes se mueven al interior de las instituciones conozcan su significado global, su contexto de surgimiento, así como los motivos y las causas que condujeron a determinadas formas de organización, que pueden ser igualitarias en algún plano particular, pero también ocultar formas interpersonales de dominación, explotación o humillación. Si se mira de cerca la dinámica de las prácticas económicas, éstas aparentan equidad desde el punto de vista del mérito y la igualdad de oportunidades. Sin embargo, bajo los valores constitucionales sus ideales normativos pueden ser puestos bajo sospecha, porque son incapaces de responder las cuestiones que la autonomía y el autogobierno plantean. En la perspectiva de las prácticas interesa mostrar que los participantes puedan juzgar todas las

[68] En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha publicado protocolos para casos de discriminación a mujeres y colectivos de la diversidad sexual; personas con discapacidad; pueblos y comunidades indígenas; niñas, niños y adolescentes, y migrantes: disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion* (última consulta: 11 de agosto de 2022).

reglas, así como reconocer la contingencia de las posiciones que desempeñan. Ganar distancia reflexiva significa contar con la aptitud de separarse de cualquier papel impuesto y problematizar las reglas que se actúan. Denunciar la desigualdad y la discriminación a través de este tipo de propuestas ayuda a visibilizar el carácter complejo de las formas de daño, que no se pueden solucionar sin una perspectiva amplia. Señala Saba en forma consistente con este enfoque:

> Vale la pena aclarar que la versión sociológica de la igualdad no se asocia necesariamente con una perspectiva solista —y, por eso, no liberal— que identifica la existencia de entes superiores y diferentes a las partes que los componen… En este sentido, el reconocimiento de la existencia de grupos se limita a reconocer que la identidad individual de las personas autónomas se constituye, entre otras cosas, por su condición de *ser mujer, ser una persona con discapacidad o ser afectado por una enfermedad,* que tiene implicaciones para las prácticas sociales dirigidas a tratar con ellas (2016: pos. 667).

No se debe dejar de lado el enfoque transversal del género para pensar la reflexividad constitucional.[69] La visión de los distintos feminismos y las luchas de las mujeres en diversos espacios o lugares de experiencia es importante porque contribuye a descolocar a varios actores de los roles y tareas que las instituciones públicas les asignan. La noción de reflexividad conlleva un juego de intercambios y miradas cruzadas entre los participantes, e invita a deconstruir las instituciones bajo nuevos arreglos de normas que sean eficazmente igualitarias. Aunque quizá se haya trivializado la expresión de que "lo personal es político", urge, a la luz de las Constituciones, revalorizar la economía del cuidado y las estructuras de la reproducción de la vida, las condiciones precarias de la existencia humana y la seguridad social en el plano público. Se debe insertar la cuestión de los ciclos de vida en la discusión sobre las concepciones de la justicia y la democracia. Esto tiene que ver con incluir en la deliberación la dimensión de las capacidades (Sen, 2000; Nussbaum, 2002, 2012) más allá de la atribución formal de derechos, la dotación de recursos o la satisfacción de necesidades. Como observó Young (2000), un enfoque de la justicia desde diferencias contextuales que salen a la luz a través de las acciones de las mujeres revela daños a la autonomía y

[69] Indica Gómez Fernández: "Hablar de Constituyente Feminista es ir al encuentro de aquel dogma fundador, para cuestionar sus bases y confrontarlas si fuera preciso. Cambiar la perspectiva. Sustantivizar con otro género. Pensar el poder decisorio, y la adopción de las opciones políticas fundamenales que debe articular la Constituyente sobre la base de parámetros distintos" (2017: 12).

al autogobierno que se suelen pasar por alto.[70] Por tanto, se debe desconfiar de las reformas que no incluyan una reflexión seria de las condiciones materiales en las que se basan.

Antes de cerrar este apartado se debe ser enfático en un punto: hablar de mujeres, de esferas de cuidado y de reproducción, así como de ciclos de vida y de precariedad al mismo tiempo, no significa dar por descontado que estos asuntos sean natural y necesariamente "cosas de mujeres". Es un asunto que compete a todos, porque atañe a la reproducción de la sociedad. Al respecto, señala Fraser: "El trabajo de traer al mundo y socializar a los niños es fundamental para este proceso, al igual que cuidar a los ancianos, mantener los hogares, construir comunidades y sostener los significados, las disposiciones afectivas y los horizontes de valor compartido que apuntalan la cooperación social" (2016: 114).

En igual sentido que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), asigna a la maternidad el carácter de una función social, o sea, de responsabilidad pública, las Constituciones deben visibilizar la contribución del enfoque práctico de las mujeres en la transformación de las normas que naturalizan el género y sus roles. Al tenor de lo dicho hasta ahora, cuando me refiero al enfoque práctico de las mujeres me refiero a la infinitud plural de prácticas que atraviesan la cotidianidad y las relaciones sociales; no exclusivamente a los feminismos más o menos ilustrados —con independencia de sus méritos y gigantes contribuciones al avance de la igualdad—.

III. Derechos económicos y sociales y constitucionalismo reflexivo

En el constitucionalismo latinoamericano y del llamado Sur global la lucha política por los derechos económicos, sociales y culturales es una cuestión central. Los contextos de desigualdad tan profunda, marcadamente estructurales en la región, tornan imperativo prestar una mayor atención a la dimensión material de la vida humana, los aspectos relativos a las necesidades. El tema de la justicia distributiva no es un asunto que impacte sólo a los derechos, sino que afecta también la legitimidad democrática. Éstos son aspectos centrales de todos los sistemas constitucionales (Häberle, 2020; Morales, 2015).

Un asunto que quiero problematizar es la forma que los derechos sociales y económicos han adoptado en las disposiciones jurídicas, en la ju-

[70] A este respecto, es de especial interés la noción de autonomía relacional de Álvarez Medina (2015, 2021).

risprudencia y en la doctrina. Tanto en su constitucionalización como en su internacionalización se insiste en su naturaleza como derechos humanos con el mismo estatus que los derechos civiles y políticos bajo principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De este modo, se indica que son igualmente vinculantes que el resto de los derechos. Las Constituciones deben generar los instrumentos para su realización. El problema práctico con esta solución es que fueron otros derechos los que influyeron al sentar las bases del Estado constitucional. Al nacer, las Constituciones contaban con cierta estructura y específicos mecanismos de protección. No es casualidad el déficit en su eficacia comparativa en relación con los derechos civiles y políticos. Se puede establecer como un imperativo su cumplimiento, pero sin instituciones —reglas, dogmática y jurisprudencia adecuadas, además de una administración eficaz y presupuestos—, quedará como una declaración de buenas intenciones. La Constitución mexicana de 1917 es un claro ejemplo de la inclusión de los derechos sociales y económicos dentro de un ordenamiento jurídico-político liberal.

En este tenor, Arango afirma que estos derechos se basan en la justicia compensatoria (2012: 127). Ésta tiene que ver con pretensiones de inclusión de personas y grupos desfavorecidos, pero sin exigir para su cumplimiento un cambio estructural. Una noción de justicia distributiva fuerte tendría que apuntar a la emancipación, a la abolición de la propiedad privada y a la transformación de la sociedad. Para Arango, este tipo de justicia no da cuenta de la complejidad de las relaciones humanas en entornos diferenciados y de riesgo; además, naturaliza las relaciones de mercado y priva a las personas de las garantías constitucionales bajo el pretexto de evitar autoritarismo, paternalismo y perfeccionismo. Es consciente de este defecto de las Constituciones liberales, pero es cauto al proponer medidas para proveer derechos sociales y económicos. Tomando en cuenta la urgencia relativa de cada situación, en forma casuista, los jueces podrían reducir la indeterminación de estos derechos. Pero, en todo caso, corresponde al legislador delimitar su alcance.

Me interesa mostrar las reticencias del constitucionalismo para domesticar tanto las relaciones de mercado como las patrimoniales, las fiscales o las laborales, como si no fueran asuntos de su concernencia. Estimo que éste es un defecto reiterado que blinda a estas prácticas del deber de justificación, de hacerse responsables y rendir cuentas por sus normas y consecuencias prácticas. Arango claudica en este punto: "Si bien se pueden compartir políticamente las aspiraciones de una sociedad emancipada de las cadenas de la dominación y la opresión cosificadora, lo cierto es que condicionar la uni-

versalidad de los derechos sociales al hecho de las transformaciones estructurales no parece necesario" (2012: 143). Considero que esto es un error. No sé qué forma tendría una Constitución que apunte en dirección emancipatoria, pero estimo que sin transformaciones estructurales las brechas de desigualdad y el daño a los derechos sociales y económicos no se podrán arreglar con suficiencia. La propuesta de judicializar los derechos mediante pretensiones individualizadas, aunque acarree logros, queda por debajo de las expectativas que las Constituciones generan. Debe ser complementada con la misma lógica constitucional, revisando los sistemas de principios, directrices y reglas que configuran este tipo de derechos y su provisión.

Häberle (2020) y Grosman (2019) proponen una noción de igualdad de oportunidades que difiere de las aproximaciones individualistas y casuistas. Reconocen avances en ciertos casos judiciales que han cambiado situaciones de discriminación asentadas, pero su interés es desanudar las condiciones estructurales de desventaja.[71] Éstas tienen que ver con relaciones sociales. En virtud de ello, no pueden ser tratadas exclusivamente desde la perspectiva antidiscriminatoria, pero tampoco desde el enfoque antisubordinación de grupos demandantes de acciones afirmativas. Mujeres, pobres, infancia, o personas adultas mayores difícilmente caben en estas categorías, y su desventaja es distinta a la de otros grupos minoritarios —razas, etnias, Iglesias—, por ejemplo. Estas brechas no se solucionan con políticas distributivas o compensatorias, porque implican un cambio en los acuerdos básicos. El objetivo no es incluir en forma gradual a más personas y grupos como si las instituciones estuvieran efectivamente organizadas para cumplir esta misión y se tratara sólo de satisfacer a todos por igual, sin tratos distintivos arbitrarios. El combate a la desigualdad debe problematizar la escasez y priorizar la igualdad de oportunidades. Las propuestas compensatorias atribuidas normalmente a los tribunales no están en condiciones de lograrlo.

Nada de lo dicho hasta ahora debe interpretarse como un rechazo de la intervención de los tribunales. En la actualidad, diversas sentencias han satisfecho reclamos materiales de igualdad y bienestar. Lo que se pretende es discutir el significado de las prácticas a través de las que se produce la desigualdad. Atribuir a los tribunales la principal responsabilidad en esta tarea de manera casuista parece implicar que la inequidad de ciertos resultados y situaciones es fortuita o producto de la mala intención de algunos de sus participantes.[72]

---

71 Sobre la noción de igualdad de oportunidades es básico Roemer (1998).

72 Brennan y Buchanan abren su libro sobre constitucionalismo político-económico con esta sentencia: "La jurisprudencia anglo-americana enfatiza la regla de la razón; pero descui-

Estas dificultades dan razones al escepticismo de Waldron (2010) sobre la posibilidad de acercar los derechos sociales y económicos con las concepciones de la justicia en la vida pública. Desde su punto de vista, este tipo de derechos debe aclarar su relación con asuntos fundamentales, como son propiedad, mercado, incentivos o recompensas. Mientras no se debatan públicamente estos temas, no se pueden establecer criterios de exigibilidad estricta, prioridad o ponderación. Este punto fue entendido por Luhmann al enfatizar que en la lógica de los derechos humanos como bisagras entre sistema jurídico y sistema económico la propiedad privada es fundamental, porque es el instrumento mediante el cual las personas son capaces de participar en las prácticas monetarias, de intercambio o de consumo. Las instituciones económicas no admiten fácilmente intervenciones de carácter expropiatorio con fines redistributivos (2010: 228). En el lado contrario, Piketty manifiesta: "La experiencia del siglo XX ha demostrado que es posible aplicar con éxito tipos cuasiconfiscatorios en la parte superior de la distribución de la riqueza, si bien esa lección histórica fundamental sigue siendo poco conocida" (2021: 169).

Con miras a desarrollar estas ideas, Landemore y Ferreras (2016) exploran desatar el derecho de propiedad respecto del derecho a participar y controlar las decisiones económicas. Cuando se piensa la propiedad, se suele representar como la posibilidad de usar, disfrutar y disponer libremente de un objeto. Tratándose de bienes productivos, uno podría imaginar que, además de adueñarse de la ganancia o utilidad, los propietarios decidan y controlen los activos de la organización empresarial. No obstante, ellas observan que en la actualidad, dada la naturaleza jurídica de las firmas económicas, los titulares de las acciones, inversores (*shareholders*) tienen poco o ningún control efectivo de los activos productivos. Es la corporación como persona legal la propietaria, no los accionistas ni la junta directiva. Ésta representa a la corporación y actúa en su nombre para ejercer control. Los accionistas no tienen derecho de usar o disponer la propiedad de los activos corporativos. Exclusivamente poseen acciones que les otorgan derechos a ciertos beneficios de las actividades corporativas; pero muy pocas veces a algún grado de control sobre las decisiones.

Lo interesante es la separación *de facto* entre derechos de posesión, control y recepción de beneficios de activos empresariales. Estos derechos ya

---

da gravemente la razón de las reglas. Jugamos juegos —legales— políticos socioeconómicos que pueden ser descritos empíricamente solo por sus reglas. Pero la mayoría de nosotros juega *sin un entendimiento o apreciación de las reglas*, cómo llegan a ser, cómo son reforzadas, cómo pueden ser cambiadas, y más importante, cómo pueden ser normativamente evaluadas" (1985).

están separados y distribuidos entre distintos actores. Se puede decir que la separación entre propiedad y control es inherente a la naturaleza de las firmas: "Los accionistas disfrutan los beneficios de los activos (en forma de dividendos), pero la mayor parte del control día-a-día pertenece a los gerentes con un amplio margen de discrecionalidad en sus decisiones" (Landemore y Ferreras, 2016: 63). Dada la separación entre propiedad y control, cabría ampliar éste a otros actores dentro de la firma y a inversores de diferentes tipos, no sólo de capital; verbigracia, los trabajadores, o incluso los deudores, subcontratistas, consumidores y ciudadanía en general en calidad de parte interesada (*stakeholders*). Lo que quiero mostrar es la posibilidad de nuevas rutas de regulación de este derecho tan caro al capitalismo. El paso de separar derechos de propiedad y derechos exclusivos de control, que antes se tenían como inherentes, es básico para justificar que los inversores de capital no sean los únicos tomadores de las decisiones empresariales, muchas de las cuales tienen gran impacto social.[73]

Quizá se podría pensar el socialismo hoy no tanto como una transferencia de los títulos de propiedad a los trabajadores, sino principalmente como el control democrático de la plusvalía social (Fraser y Jaeggi, 2019: 381). Idea que está presente también en Dahl: "Para los economistas clásicos, un orden económico racional requería que las empresas estuvieran sujetas internamente al control exclusivo del propietario o empresario" [existe] "una confusión teórica que hace que la propiedad equivalga a control" (1991: 110 y 111). En lenguaje constitucional se trata de la relación reiterada entre autonomía y autogobierno: asunto que Piketty, desde el propio campo de la economía, atribuirá a la democracia: la justicia como participación y deliberación (2020: 1844). La herramienta del equilibrio reflexivo amplio entre juicios meditados personales, teorías plurales de justicia y saberes disciplinares diversos, puede ayudar a robustecer nuestra propuesta. Los derechos reflejan esa autoconciencia como fuerza para moderar o hasta revertir los

[73] Se refieren al caso *United States Steelworkers v. U. S. Steel.* Aunque se falló en contra de la pretensión de los trabajadores de no cerrar una fábrica que dejó sin empleo a diez mil personas, destacan las razones del juez al reconocer la plausibilidad del reclamo: "Me parece que… un derecho de propiedad ha surgido de esta relación duradera y bien establecida entre *United States Steel*, la industria del acero como una institución, la comunidad de Youngstown y el valle de Mahoning, por haber dado y dedicado sus vidas a esta industria. Quizá no sea un derecho de propiedad en cuanto que pueda remediarse obligando a U. S. Steel a permanecer en Youngstown. Pero creo que la ley puede reconocer el derecho de propiedad en la medida en que U. S. Steel no puede dejar ese valle de Mahoning y el área de Youngstown en un estado de desperdicio, que no puede abandonar completamente su obligación con esa comunidad, porque han surgido ciertos derechos adquiridos de esta larga relación e institución" (Landemore y Ferreras, 2016: 64).

males del mercado global: "En el imaginario colectivo, y hasta cierto punto en la realidad, los ordenamientos legales de derechos humanos y sus movilizaciones políticas han dejado de ser asociados a la defensa de la libertad contractual y la propiedad privada" (Moyn, 2021: 15).

Cuando en la discusión pública se confrontan teorías abstractas de la justicia y modelos institucionales concretos, en seguida salen a la luz desacuerdos profundos. Por lo tanto, tratar de imponer un modelo a través de un único diseño constitucional afecta la pluralidad de creencias y valores de las sociedades democráticas. Aunque los derechos sociales y económicos sean deudores de paradigmas de la justicia liberales, republicanos, socialistas, o de cualquier otro, es importante no perder de vista su naturaleza contingente como prácticas en desarrollo permanente. Todas las normas deben poder ser reelaboradas por sus participantes. En el enfoque metodológico de las prácticas las personas pueden desafiar los movimientos de los demás participantes, del mismo modo que pueden no allanarse a las posiciones y roles que les haya tocado desempeñar hasta ahora. Este aspecto cobra especial relevancia tratándose de las normas constitutivas de las prácticas públicas a que el constitucionalismo reflexivo se refiere. Los principios básicos de las Constituciones son la autonomía y el autogobierno implantados mediante los derechos humanos y la democracia, herederos del liberalismo y del republicanismo con pequeñas dosis igualitarias de socialismo democrático.[74]

Cabe señalar que las normas constitucionales no tienen correspondencia biunívoca o biyectiva con las prácticas que regulan. En relación con los derechos sociales y económicos, las Constituciones no detallan las instituciones de la producción o del mercado. Asimismo, apenas refieren directrices sobre los regímenes jurídicos de propiedad, contractual, fiscal y laboral. Por lo tanto, no han desarrollado las capacidades internas para controlar sus fines. Ciertos aspectos relativos a los derechos sociales y económicos se solapan con estos regímenes y proyectan algunos ideales de justicia, pero no imponen sus propios objetivos. El debate constitucional debe visibilizar las normas de todas las prácticas que lesionan la autonomía y el autogobierno personal. Esto no significa que deba subordinarlas, pero sí explicitar y justificar su relación con ellas.[75] No es un despropósito asociar este ideal al uso

[74] Cabe subrayar que las teorías de la justicia y de los derechos humanos se han desarrollado casi sin referencias cruzadas. Por ello se debe explicitar qué valores subyacen a los derechos, qué reglas exigen, tanto de parte de las personas como de los funcionarios; Cruz Parcero (2017).

[75] La democracia es un bien fundacional que da forma a las dimensiones de poder de las actividades colectivas, pero no debe subvertir los propósitos legítimos de cada una de ellas. Más que perseguir una meta propia, le toca controlar el poder; Shapiro (1999).

público de la razón de Kant (1992), enfrente de cualesquiera que puedan ser sus usos privados. No debe haber dominios ajenos a la inspección pública sin justificación.

Gargarella (2014) observa la importancia de revisar lo que denomina las "salas de máquinas" de las Constituciones, es decir, los aspectos relacionados con la distribución y el control del poder. Critica que las Constituciones latinoamericanas cuenten con catálogos robustos de derechos, pero que hayan dejado intocados los regímenes de competencias y facultades de las autoridades y órganos del poder estatal. Los derechos sociales y económicos logrados en el siglo veinte se montan sobre un Estado en el que la distribución del poder y los atributos políticos no tienen en cuenta la dimensión material de la agencia personal, porque en un modelo de Estado con ascendiente liberal esto no es muy relevante. Dicha dimensión se ignora en la mayoría de las Constituciones e impacta en el autogobierno de las personas. Mientras la autonomía se realiza en el libre arbitrio subjetivo, el autogobierno se ejerce con los demás y depende del tipo de relaciones sociales. Por lo tanto, no son inocuas las normas que asignan posiciones, bienes, recursos u oportunidades para participar en el régimen estatal. El Estado de derecho tiene bases liberales y ha definido sus obligaciones en la lógica minimalista de los Estados conocidos como gendarmes o policías. Esta forma de Estado no toma en consideración las cuestiones esenciales de la existencia relacionadas con la esfera del cuidado o la reproducción material de la vida. La ciudadanía en general se elaboró sobre abstracciones. El régimen político evolucionó distante del régimen patrimonial, sin controlarlo. No es una sorpresa por ende que la desigualdad en el ámbito privado sea refractaria a la supervisión estatal.

Tiene razón. Si la distribución de poder político genera mayor participación de las personas dentro de procesos políticos equitativos e incluyentes de selección, elección, deliberación, decisión, rendición de cuentas y control de las decisiones colectivas, el régimen estaría en mejores condiciones para la realización de los derechos. Estos procesos se pueden perfeccionar con una mejor ingeniería constitucional (Sartori, 2011): por ejemplo, combinando formas de democracia representativa, directa, deliberativa e, incluso, mecanismos aleatorios; o acercando la democracia de los gobiernos federal y central, a los regionales, locales y municipales; con instancias judiciales de control, concentrado o difuso, así como órganos de planeación y gestión burocrática participativos. Sin embargo, a pesar de la trascendencia de este tipo de propuestas, en materia de derechos sociales y económicos se suelen dejar intocadas la mayoría de las instituciones privadas que causan pobreza, desigualdad o exclusión:

> En el caso particular de los derechos sociales, lo que suele faltar es una consideración crucial del impacto interno que puede causar la incorporación de los mismos; es decir, el impacto de los nuevos derechos sobre los viejos derechos. Típicamente, qué es lo que implica la adopción de una larga lista de derechos sociales, en relación con los demás derechos que, en apariencia, se quieren seguir defendiendo (derechos de propiedad, derechos de contratos, la seguridad jurídica liberal en general). Del mismo modo, escasea una reflexión sobre el impacto de los nuevos derechos sobre la organización institucional… En síntesis: *el mejor cambio en la sección de los derechos es el que se asegura actuando sobre la organización del poder* (Gargarella, 2014: 253).

La sala de máquinas no se ocupa directamente de estas prácticas. Sin embargo, de modo paradójico, aunque velado, las legitiman al regular tanto el derecho civil como el derecho mercantil, el derecho laboral, el derecho fiscal, el derecho familiar, que se supone deben derivar de fuentes democráticas, en principio consistentes con los derechos humanos. No sólo el poder estatal lesiona los derechos y la democracia como el constitucionalismo parece implicar. En lo relativo a los derechos sociales y económicos, son sobre todo los poderes privados los que causan mayores perjuicios no sólo por fuera, sino incluso por medio de instrumentos que el sistema jurídico provee. Varios autores han tratado de visibilizar esta dimensión de poder-dominación que ejercen las asociaciones económicas, las corporaciones y las firmas (Anderson, 2017; Ferreras, 2017; McMahon, 2013; Thomas, 2017), destacando la responsabilidad de los Estados en la configuración del régimen jurídico que las organiza, ya que no pueden operar sin un entramado institucional. Curiosamente, se habla de economías libres de intervención estatal y de *laissez-faire.* Se debe remarcar que sin sistema público de registros y títulos de propiedad, sin régimen contractual o sin aparato de sanciones para casos de incumplimiento, los mercados no podrían funcionar. Por ende, expresa Dahl: "La corporación gigante se convirtió, así, *de facto*, si no *de jure*, tanto en una empresa *pública* como en un sistema *político*" (1991: 111). Es importante desvelar el carácter artificial y contingente de las prácticas económicas. Mientras sus principios subyacentes no sean justificados y su gramática se asuma como necesaria, los sistemas constitucionales estarán atados de manos. Las prácticas económicas son también prácticas normativas, y por ello deben sujetarse al juicio de sus participantes, en cuyos roles constitucionales no se pueden denegar los atributos de la autonomía y el autogobierno. Un sinnúmero de prácticas empresariales, laborales, familiares, deben conciliarse con la lógica de las prácticas constitucionales sin resultar arruinadas en sus ajustes.

Por lo tanto, antes de preguntar por la autoridad de los tribunales o los parlamentos en el cumplimiento de los derechos sociales y económicos se debe discutir la relación de la Constitución con el resto de las instituciones sociales. En el diseño de las Constituciones pluralistas de carácter liberal los arreglos relativos a los derechos y al régimen democrático han dejado prácticamente intocadas tanto las prácticas productivas como las reproductivas y de mercado. Mejor dicho, las han asimilado irreflexivamente, solapando normas relativas a los derechos de autonomía privada, de intercambio y propiedad, burguesas, sin un esfuerzo de conciliación con la autonomía pública. De modo que ni la sección dogmática ni la sección orgánica de las Constituciones contemporáneas son capaces de incidir eficazmente en el mundo familiar (esfera de la reproducción), laboral (esfera de la producción), del mercado (esfera del intercambio) y de la política (esfera de la acción y de los fines colectivos).[76]

Creo que este defecto original del constitucionalismo no se salva con el trámite de que los parlamentos o los tribunales puedan decidir a través de la legislación o la adjudicación judicial estos asuntos. El problema es que no existen límites constitucionalmente trazados en estas materias para intervenir legítimamente en una dirección u otra. Hace falta un diálogo público acerca del significado de todas esas prácticas desarrolladas por fuera del debate constitucional, doctrinal y jurisprudencial. Por ahora el debate de los controles jurídicos a dichas prácticas suele ser entendido como una cuestión meramente técnica, no como un asunto político fundamental. Esto quiere decir que no se discuten las fuentes normativas —principios y valores— de las que dichas prácticas derivan su justicia y legitimidad: realizar la autonomía y el autogobierno de las personas como participantes en aquéllas.

En concreto, se deben revisar bajo la óptica constitucional los códigos familiar, civil, mercantil, laboral, administrativo o fiscal. Cabe intuir enormes implicaciones —y resistencias— al repensar las nociones jurídicas de la autonomía (Nussbaum, 2007) a la luz de nuevos saberes sobre justicia distributiva, reconocimiento o participación, u otros enfoques normativos, como los de las capacidades humanas, los de la interculturalidad, o los ambientalistas. Tal vez las doctrinas de los derechos y la democracia pluralista adoptaron de prisa la gramática liberal del Estado de derecho, con su distinción estricta de las esferas privada y pública en términos de una oposición. Los cambios sociales deben llevar a repensar el linaje de los derechos y de la democracia sin descuidar sus compromisos con el resto de prácticas. En

[76] Una distinción semejante de esferas de acción, pero de ascendiente clásico, se puede ver en Arendt (1998a).

relación con los derechos sociales y económicos, cabe esperar mayores beneficios por esta vía, en lugar de pretender que la redistribución sucederá al crecimiento si persisten las mismas prácticas productivas y de mercado, y que por ende no se las debe interferir con asuntos relativos a la familia, al cuidado o a la reproducción. Luego habría oportunidad de ocuparse de estos temas. La trampa, como se sabe, es que una vez que se estructuran los regímenes legales de derechos subjetivos de intercambio, de propiedad o tributarios sobre bases económicas utilitaristas y libertarias, se torna difícil imaginar cómo extraer recursos para satisfacer sin arbitrariedad las demandas de los derechos sociales y económicos.

Ferrajoli propone medios interesantes para apuntalar el papel de las Constituciones estatales frente a otros poderes y sistemas de prácticas sociales. Sugiere una renta mínima incondicionada o renta básica ciudadana como garantía del derecho a la existencia (Ferrajoli, 2014; Parijs y Vanderborght, 2006; Pisarello y Cabo, 2006). Esta renta estaría garantizada a través de un gravamen fiscal de una progresividad superior a la actual. Más allá de las modalidades concretas de la propuesta, me interesa destacar su justificación pública en el sentido de apuntalar la autonomía y el autogobierno que subyacen a las Constituciones. De ahí el interés republicano en ella. Aunque Ferrajoli no habla aquí de derechos sociales y económicos, mi punto es que la realización del objeto de estos derechos se favorece más a través de este tipo de vías que bajo otras fórmulas que aspiran desarrollar su núcleo esencial en tribunales o políticas públicas focalizadas. Dicho de otro modo, tal vez sea más efectivo cumplir a las personas sus derechos sociales y económicos mediante la reforma de los regímenes de propiedad, comercio, empleo o seguridad social en sede constitucional, antes que como prestaciones de bienestar. Esto suena radical, pero no hay razones para el escándalo hasta revisar las propuestas específicas en la mesa. La renta básica podría tal vez garantizar autonomía y autogobierno con independencia del diseño clásico de las Constituciones liberales, republicanas o socialistas. Aunque esta renta consiste también en un derecho a una prestación material del Estado, puede interpretarse como un derecho de libertad de una doble capacidad emancipadora: "Tal derecho, al garantizar la subsistencia, es también un metaderecho, que opera como condición de efectividad de todos los demás derechos de los trabajadores y por ello como presupuesto de toda sociedad democrática" (Ferrajoli, 2014: 2004).

La regulación y la planeación de la economía a través del derecho es una competencia señalada en el texto constitucional. Sin embargo, fuera de esta declaración, los Estados nacionales han abdicado de la responsabilidad de controlar y dirigir la economía. De tal modo que propuestas como la de

Ferrajoli parecen injustificadas. Pasa lo mismo con el régimen de propiedad, los usos del suelo, y el interés público y nacional en la explotación de los recursos. Aunque estén consignadas estas normas, en México, por ejemplo, en la parte dogmática de las Constituciones relativa a los derechos no se han desarrollado en extenso sus normas como en el caso de los derechos civiles y políticos, que son justiciables en sede judicial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por el Tribunal Federal Electoral. Derechos de carácter individual, como las libertades económicas, siguen derrotando el tipo de pretensiones en las que vienen formulados los derechos sociales, los relativos al medio ambiente, o de las personas, pueblos y comunidades indígenas. Asimismo, tales libertades se imponen al interés público de regular los mercados o proteger a los consumidores y a los usuarios de servicios.[77] Piénsese en el debate sobre la noción de interés legítimo que aparece en la reforma a la Ley de Amparo mexicana, en el que la Corte y la doctrina no han establecido criterios precisos consistentes con el paradigma de derechos humanos, no al menos en cuanto a los derechos sociales y económicos. En relación con los intereses legítimos difusos o colectivos que subyacen a estos derechos, las pretensiones, al igual que los agravios y las afectaciones, no suelen especificarse de manera taxativa y directa, como reglas, sino como principios que rigen la administración pública de manera abierta y progresiva.[78]

Cabe hacer un llamado de atención sobre la expresión "derechos de carácter individual". En última instancia, todos los derechos humanos remiten a personas concretas, o sea, individuos. La expresión crítica más bien se refiere al carácter atomizado de ciertas pretensiones con las que se han identificado los derechos civiles y políticos, que asumen que su titularidad y ejercicio corresponde no tanto a seres sociales y personas de carne y hueso, que pueden vivir en condiciones de precariedad extrema, sino a sujetos

[77] El análisis de Niembro de casos de Uber en la Suprema Corte mexicana es iluminador al mostrar la defensa estratégica de los intereses de la empresa como si se tratara de asuntos individuales relativos al derecho al trabajo y la libertad económica de los conductores. Se parece implicar que la libertad fuera anterior a cualquier modelo de regulación estatal. Expresa que no se obtienen las mismas conclusiones si se parte del artículo 5o. constitucional sobre la libertad de trabajar, que del artículo 28 relacionado con la conducción estatal de la economía, la regulación del mercado y la planificación. Dado que los intereses de los conductores no son los únicos dignos de ser tenidos en cuenta, se debe emplear un enfoque holista, y como no se puede garantizar que los tribunales no introduzcan su propia visión de política pública y teoría económica es conveniente que en el caso de intereses económicos en conflicto éstos sean visibilizados en la ponderación (2021: 79-97).

[78] Sobre el interés legítimo y la crítica a la noción de interés jurídico como pretensión solo subjetiva, asociada a acciones procesales individuales y deudora del derecho civil contractual, Cruz Parcero (2017: 97-118).

como construcciones jurídicas a quienes se imputan sólo derechos y deberes susceptibles de apreciación económica, de quienes se presume capacidad de ejercicio. En sentido práctico, esta figura jurídica tiene como referente idealizado a una persona independiente y madura en el plano intelectual, individuos masculinos con suficiencia económica y socialmente integrados. Es la clase burguesa que el constitucionalismo liberal reflejó de modo predominante en sus instituciones. Con este ideario se avanzan propuestas para reconocer derechos humanos a empresas, corporaciones o asociaciones; es decir, a las personas morales.[79]

Si se visibilizan las condiciones de subsistencia, el enfoque del ciclo de vida y de la reproducción, las relaciones sociales elementales y las comunidades de origen, o sea, la humanidad con mayor densidad antropológica, sospecho que tendrían que reformularse las instituciones que satisficieran los objetivos relativos a los derechos y al régimen democrático. Sus reglas actuales podrían resultar inhóspitas a las personas reales.

Hacen falta aproximaciones al tema económico con enfoques garantistas y de derechos, sin permitir que la imagen actual de los derechos sociales y económicos sea interpretada como la única y exclusiva versión posible para desarrollarlos constitucionalmente. El proyecto de Ferrajoli como un proyecto no sólo jurídico, sino eminentemente político, lleva ese sentido. En México, Cárdenas Gracia critica la incapacidad del Estado constitucional para sujetar y subordinar el orden jurídico que se deriva de la economía neoliberal, que le ha impuesto a aquél sus propios fines (2018), y Roldán Xopa (2018) habla de la ordenación constitucional de la economía de un Estado regulador, técnico, neutral, en dirección a un Estado garante y eficaz de los derechos humanos de las personas. De igual modo se pueden interpretar las reflexiones de Azuela (2016) sobre los derechos patrimoniales y sus usos, y sobre la planeación democrática del desarrollo de los espacios públicos y las ciudades.[80] En el derecho internacional de los derechos humanos, en el constitucionalismo transformador, Bogdandy y Ebert debaten la autoridad de las instituciones económicas en las políticas de desarrollo

[79] Sigo también a Cruz Parcero (2017: 119-145). Asimismo, en contra de este reconocimiento, Lafont (2016).

[80] Dice Azuela: "Lo que en adelante denominaré «discurso emergente» o «nuevo discurso jurídico» está conformado por dos vertientes: por un lado, la que reivindica el estado de derecho como condición para el desarrollo y/o la democracia y, por el otro, la que reivindica los derechos fundamentales (incluyendo o no los derechos económicos, sociales y culturales, como la columa vertebral del orden jurídico en su conjunto y el referente único de la acción del estado" (2016: 9). Sobre este tema, la Suprema Corte acaba de publicar el Cuaderno de Jurisprudencia núm. 14 sobre *Derecho a la ciudad* (SCJN, 2022).

nacionales: siempre que se afecten las libertades se precisa de legitimidad (2020). Cuando las personas dañadas por esas políticas no intervienen votando ni deliberando, no existe esa legitimidad. En este sentido, dice Robert Goodin que en términos democráticos la facultad de reclamar algún tipo de compensación por daños a intereses cuando no se tiene derecho de votar, que a menudo el derecho internacional autoriza, es una alternativa pobre (2008: 108-124).

Por otra parte, no se deben confundir los derechos sociales y económicos con las materias que regulan. Es posible satisfacer diversas necesidades humanas básicas, mejorar el bienestar de la gente, proveer servicios sociales elementales, sin que ninguna de esas acciones estatales tenga la estructura de los derechos humanos; o sea, sin que sean de carácter imperativo ni exigibles. Es el caso de las llamadas "tiranías benevolentes".[81] Nussbaum y Sen (1996), que se ocuparon originalmente de las cuestiones de bienestar, calidad de vida y desarrollo humano, propusieron el enfoque de capacidades para destacar la dimensión de las libertades y la agencia que es fundamental para evaluar políticas desde un punto de vista normativo. Un enfoque que refleje lo que importa inmediatamente a los seres humanos desde su propia perspectiva, de sus proyectos de vida. Ambos, no obstante, han reconocido la importancia de traducir las capacidades a derechos para subrayar su exigibilidad. El enfoque de capacidades añadió a la reflexión de los derechos humanos una cuestión fundamental: la dimensión sustantiva de las libertades.[82]

A pesar de que los derechos sociales y económicos siempre han versado sobre asuntos materiales, sus mecanismos de garantía no se insertaron en las instituciones de cuidado, reproducción, producción o intercambio desde el núcleo constitucional, sino que se dejaron como un problema de la legislación secundaria, de las políticas públicas o, más débilmente —por la estructura de los derechos— de la judicatura. Ciertas críticas dirigidas a la noción de justicia de Rawls desde el feminismo (Okin, 1989; Nussbaum, 2007; Álvarez Medina, 2021) y el socialismo (Cohen, 2001, 2009) señalaron este defecto. Esas críticas se pueden reproducir también contra los derechos sociales y económicos montados en una estructura constitucional donde priman los derechos civiles y políticos, y donde el tema del poder se relaciona casi en exclusiva con el autoritarismo de los Estados, y no de los poderes económicos.

Por eso tiene fuerza la crítica de Waldron (2010) hacia este tipo de derechos; porque no parece haber una teoría de la justicia ni del constitucionalismo donde el catálogo de derechos sociales y económicos posea la fuerza

81 En México es bien conocida la metáfora del ogro filantrópico de Octavio Paz (1979).

82 He desarrollado este punto en Sahuí (2009, 2011, 2014).

de los derechos civiles y políticos en sus instrumentos garantes. No es que los derechos sociales y económicos no sean derechos auténticos ni que su déficit de cumplimiento se deba a que sean más caros (lo que no siempre es verdad). Más bien es que el sistema constitucional no asumió sus fines como metas primarias para conseguir la autonomía personal, que se daba por descontada por el ascendiente de clase de los partícipes en el pacto fundamental. Quizá por esta razón los derechos sociales y económicos ingresan con dificultad en las instituciones de garantía. Piénsese en la salud, en la educación, en la seguridad social, en la vivienda o en los cuidados infantiles en sistemas públicos que los asocian con empleos formales, y que en los casos de trabajadores informales segmentan los servicios de atención con calidades profundamente desiguales. El diseño para asegurar la satisfacción de estos derechos es ineficaz: "Transformados en derechos sociales, tales reclamos extremos quedaron encorsetados, prácticamente inmóviles, dentro de un molde estrecho" (Gargarella, 2014: 261). Incluso en la jurisprudencia progresista, en el activismo mejor intencionado, cabe anticipar que el orden conspire contra sus sentencias.

IV. Derechos culturales y constitucionalismo reflexivo

Una objeción que se podría dirigir contra la propuesta del constitucionalismo reflexivo y el enfoque de los participantes en prácticas públicas, en especial las que se orientan por el valor de la autonomía, es que depende de una antropología filosófica atomista e individualista. De una idea de sujetos como personas adultas normales, independientes, autosuficientes y que han sido socializadas en entornos ilustrados y racionalistas.[83] Aunque tal vez no haya individuos con estos rasgos en ninguna comunidad humana, ciertos aspectos del liberalismo, los específicamente contractuales, han sido interpretados desde el principio de la autonomía formal de la voluntad, resultado de una imputación normativa que no tiene sustrato material, histórico o contextual. Esto fue señalado en la crítica de Taylor (1996). En México, Villoro (2001, 2007) llevó a cabo una denuncia similar. Como indica Lamo de Espinosa: "lo que el etnocentrismo muestra también (reflexivamente) es en qué gran medida nos desconocemos, pues las variables o fenómenos que despreciamos en otras culturas son también las que podrían explicar muchos fenómenos

[83] Sobre este tema Pereda (1994a: 141-147).

cotidianos aparentemente misteriosos" (1990: 6). Ahora bien, no hay razones para asumir que sea el liberalismo la única fuente de donde el constitucionalismo abrevó.

Las objeciones contra el olvido liberal de la dimensión redistributiva fueron tratadas en el epígrafe precedente. Interesa ahora referir cuestiones relacionadas con el problema de la identidad que se forja en procesos complejos de socialización cultural, tradicional, ideológico, en lo que se denomina "la dimensión del reconocimiento" (Fraser y Honneth, 2004; Honneth, 1997, 2019; Taylor, 2009; Giusti, 2017). De forma intuitiva se podría pensar que para estar en condiciones de participar en una práctica las personas deben previamente comprenderse con los atributos que la autonomía exige. Sin embargo, este es un error que refleja cierta ingenuidad metodológica. El enfoque de las prácticas sociales indica que las personas *de facto* participan como pueden en las instituciones informales y formales,[84] pero para hacerlo con éxito en forma continua demanda que sean capaces de apreciar de manera elemental el sentido de sus reglas. Mientras sean jugadores habituales en el juego deben hacerse responsables de todos sus movimientos, reclamos y sanciones. Por supuesto, no todas las prácticas sociales han sido construidas sobre nociones que atribuyen a los sujetos igualdad, como son la personalidad en el ámbito moral o la ciudadanía en el ámbito constitucional. Existen prácticas asimétricas de dominación, explotación y exclusión. En su interior, los participantes, conforme a las posiciones que ocupan, son tenidos en cuenta o ignorados. Cómo puedan comportarse en distintas circunstancias es un asunto contingente, y las posibilidades de transformar estos estados de cosas deberían ser objeto de indagación también por el constitucionalismo (Sunstein, 2019).

Sucede a menudo que los propios participantes no son capaces de conocer a fondo y de modo global el sistema de reglas que configuran las instituciones que les causan daño. Los participantes disponen de disímiles aptitudes cognitivas y prácticas para desempeñarse con destreza dentro de las prácticas. Aunque haya cosas que les duelan, les inquieten y les perturben, tal vez no sepan cómo podrían mejorar las normas que producen estos es-

[84] Sigo a Pereda: "según los intereses que se persigan y la naturaleza de los asuntos que se traten, habrá que argumentar de la manera más apropiada a la situación en cuestión, sin que se pueda determinar *a priori* cuál es esa manera… Hay que pensar, pues, el ejercicio de la razón como la tarea epistémica de dar argumentos de varias clases y en varios niveles; tarea «incompleta», en el sentido de «algorítmicamente incompleta»: heterogénea, gradual, antifundamentalista, y con ello evitar la «sofística del todo o nada» y su arrogancia ciegamente desdeñosa, que tarde o temprano empuja a la «sofística de la irracionalidad»" (1994a: 11).

tados de cosas. Del lado de las personas aventajadas o privilegiadas en esas prácticas puede darse la misma ceguera.

Bajo estos presupuestos metodológicos, parecería que sólo queda rendirse al relativismo moral, ético o político. Sin embargo, esto no es consecuencia necesaria del modelo. En la medida en que el enfoque social implica una pluralidad irreducible de prácticas, pero que coexisten, en el traslape de sus reglas, en el cruce ineludible de las personas en esas prácticas, suelen ocurrir reclamos de justificación bajo múltiples criterios. Debido a que no existe una forma *ex ante* de decidir la prioridad normativa de cualquiera de estas prácticas, es menester que todas sean sometidas a crítica desde el punto de vista interno de sus participantes. Cualquiera de las pretensiones debe ser respondida en el mismo escenario en donde sea presentada, y esto es posible porque los participantes echan mano de principios y valores incorporados gracias a su socialización en muchas otras prácticas, no sólo jurídicas: por ejemplo, un consumidor inconforme se siente frustrado como ciudadano, y desde esa posición exige algún tipo de responsabilidad. A menudo esto interrumpe o subvierte el funcionamiento regular de ciertas prácticas, pero este resultado no está garantizado. Si es el caso que se agotan las justificaciones "y la pala se dobla" —dice Mouffe con Wittgenstein—; esto significa que "zanjar una conversación es siempre cosa de una decisión personal", no una mera aplicación de procedimientos racionales (2003: 89).

Aunque las prácticas de justificación se desarrollan a través del lenguaje, no se reducen a puras prácticas lingüísticas. Siempre implican los objetos del mundo a los que tales prácticas se refieren. Esto asegura una dosis suficiente de realismo, porque exige a los participantes retener la capacidad de seguir reglas cruzando un sinnúmero de prácticas traslapadas que demandan ser reflexivos acerca de sus roles en múltiples ámbitos, como pueden ser la reproducción de la vida, la producción de bienes o el intercambio. Cada práctica será siempre relativa a contextos circunstanciales, pero podrán mudar de sentido al entrar en contacto con otros escenarios prácticos. El enfoque de las prácticas es complejo e intrincado, no garantiza que las personas puedan elaborar lingüísticamente todas sus pretensiones, pero no expropia ni regatea esta posibilidad que se comprende como una exigencia moral. No existe un lugar privilegiado para aprehender el conjunto.[85] El pluralismo condice bien con el enfoque de las prácticas si se piensa que la autonomía

[85] Pereda propone un multifundamentalismo —un antifundamentalismo amplio pero moderado— como programa pluralista de justificación epistémica, y también práctica (1994b: 309). Lo que él identifica como variados ciclos argumentales son las diversas prácticas en las que uno participa.

es parcial y no absoluta. Las prácticas se insertan en un sistema global de relaciones específicas; cada una con sus propias reglas de juego, su propia fuerza y peso, pero capaces de afectar otros espacios de juego (Gutiérrez, 2012: pos. 916).

En relación con la multiculturalidad y el constitucionalismo, el enfoque de las prácticas puede ofrecer una luz diversa a dos perspectivas contendientes. Por un lado, están las propuestas de quienes apuntan a un consenso universal, neutral o racional; mientras por otro lado están quienes buscan gradualmente avanzar en la inclusión de más grupos, lo que puede ocurrir otorgando derechos colectivos especiales o exceptuando el cumplimiento de determinados deberes. El problema en el primer caso suele ser que el consenso, incluso cuando su contenido es abstraído en normas como si se tratara de un consenso ideal o regulativo, difícilmente puede trascender su contexto de surgimiento. Por esta razón, a menudo refleja el *statu quo* y sus valores hegemónicos. En el otro caso, la sociedad tiende a fragmentarse en subunidades que frustran la cohesión requerida tanto para el diálogo como para la toma de decisiones y la agencia colectiva.

Según Gargarella, respecto del pluralismo fuerte, las Constituciones podrían adoptar diversas posturas, que van desde la imposición unilateral de las mayorías hegemónicas, pasando por el silencio o el aplazamiento —si las partes saben de antemano que no podrán resolver sus desacuerdos—; la síntesis en una especie de consenso por solapamiento, o la acumulación uno tras otro de los reclamos, así sea que se manifiesten tensiones o contradicciones entre ellos (2018).

Aun en el ejemplo de Rawls y en el consenso por solapamiento, con todo su cuidado acerca del sentido político y no metafísico del acuerdo, que no contiene pretensiones de realidad ni de verdad, es posible descubrir el ideal de la razón pública y la concepción de justicia en instituciones liberales específicas: se trata de aceptar el propósito de tratar a los ciudadanos como libres e iguales, y a la sociedad como un sistema equitativo de cooperación. Lo mismo ocurre con Habermas cuando traza la frontera entre la esfera de la comunicación pública informal y el derecho a través de esclusas definidas. En ambos casos el consenso histórico determina los límites del Estado constitucional y sus catálogos de derechos y órganos públicos. No es suficiente declarar la contingencia del orden constitucional, ya que siempre resultan sospechosas las ofertas más transformadoras.

En el enfoque de las prácticas como método, el sentido de las instituciones sociales no está plenamente definido por los derechos y órganos constitucionales, por la doctrina generada en su derredor, menos por la impresión particular que sostengan sus funcionarios. Lo común es que las

prácticas en cuestión desde el punto de vista externo trasciendan la perspectiva subjetiva de las personas que participan con roles concretos y papeles acotados jurídicamente. Por supuesto que los actores han de comprender la lógica de las reglas estatales que actúan, pero en el trato diario con ellas se manifiestan desacuerdos acerca de su significado, sus méritos y su eficacia. Piénsese en el arribo de protestas indígenas al parlamento denunciando subrepresentación e inequidad, aunque no se les haya denegado el derecho de participación electoral. Siempre es posible revisar el trazado de los límites territoriales distritales, discutir el modelo de representación política mayoritaria o de representación proporcional, la forma de votar secreta o abierta, e incluso la desventaja material —aunque no sea el asunto generador del conflicto—. Las definiciones circunstanciales de las instituciones y los órganos estatales no clausuran la deliberación pública desde el punto de vista de los participantes en las prácticas reales. Cada vez saldrán a la luz, aunque luzcan impertinentes en un caso puntual, todas aquellas circunstancias que se identifiquen como obstáculos al ejercicio de la autonomía y el autogobierno de las personas. Esto no se puede evitar.

Decir esto no aparenta originalidad hasta que uno se percata de la falta de creatividad en el diseño de las instituciones del Estado constitucional en sitios tan disímiles. Como si fuera el caso que población, territorio, historia, no fueran relevantes en la configuración de los órganos estatales. Considero que este efecto es resultado de pensar derechos y democracia desde arriba, desde un consenso hegemónico global alrededor de unas pocas ideas constitucionales; a saber: las del constitucionalismo liberal. En este sentido, nuestra propuesta es sencilla de entender: pensemos la autonomía y el autogobierno que son declarados por la Constitución histórica, pero ajustémosla cada tanto tomando en cuenta las relaciones y las condiciones en donde debe operar y ejercitarse: en prácticas sociales concretas. Es una apuesta por mayor reflexividad. No se trata de ir contra el liberalismo, sino más allá (Dowdle y Wilkinson, 2017; Sánchez-Cuenca, 2010)*:* destacar sobre todo los aspectos contextuales de la agencia personal que para el liberalismo se tiende a reducir a la imposición de límites al poder estatal, para destacar otros ideales, como el autogobierno. En el liberalismo el régimen constitucional es autónomo del resto de las prácticas, y se figura capaz de controlarlas directamente en forma unilateral; de no ser afectado por ellas.

Las instituciones del Estado constitucional han sido organizadas de la manera requerida por los actores sociales con mayor influencia, por elites económicas, políticas o culturales; a menudo por una clase (burguesía y burocracias), o un estatus jerárquico (religión, etnia). Más allá del consenso

normativo declarado, la crítica que se mantiene en este trabajo es contra los puntos ciegos del acuerdo.

La expresión "patriotismo constitucional" de Habermas (2002) pretende dar cuenta de un aspecto del liberalismo no estrictamente relacionado con el control del poder, sino con su neutralidad respecto de las identidades colectivas: ninguna posee un estatus superior al resto que la legitime para imponer mediante la fuerza sus sistemas de valores. Este es un motivo primordial de la doctrina liberal como custodia de la esfera íntima de nuestras creencias y afectos más preciosos. Los únicos principios que merecen ser reforzados mediante el derecho han de ser públicos; productos artificiales y contingentes del acuerdo constitucional. Sin embargo, no hay forma *a priori* de saber si se filtraron con éxito todas las demandas de reconocimiento. Es posible que persistan todavía prácticas y relaciones configuradas con valores tradicionales. Por esta razón, a pesar de que Habermas está buscando en el patriotismo constitucional un motivo de cohesión e integración para las sociedades plurales y complejas, retiene el enfoque liberal para evitar fundir la identidad individual en la identidad colectiva y para oponerse a un tipo de sociedades estratificadas formadas en las ideas de estatus, rango y honor: "La *integración ética* de grupos y subculturas con sus propias identidades colectivas debe encontrarse, pues, desvinculada del nivel de *integración política*, de carácter abstracto, que abarca a todos los ciudadanos en igual medida" (1999: 2013).

La ciudadanía iguala a las personas en la atribución de derechos, y en esto consiste la dignidad en los Estados constitucionales: nadie es más que nadie, pero sobre todo nadie es menos que nadie. Entre las cualidades personales que trazan diferencias profundas, la religión y la cultura, entendidas como haces de creencias comprehensivas, costumbres y tradiciones, se cuentan entre las fuentes más importantes de la normatividad. Éstas no equivalen a meros intereses o preferencias intercambiables, dado que responden a preguntas fundamentales de la identidad. La dignidad de las personas y grupos, su estatus, depende en gran medida de estas instituciones. Como el resto de las prácticas, la religión y la cultura se integran en sistemas complejos, y al igual que la práctica constitucional, no se reducen a su doctrina, rituales y tradiciones ortodoxas. Reconocer la formación intersubjetiva de la identidad no conlleva pensar que la aprehensión personal de la gente hacia su fe y su cultura discurran sin posibilidad de críticas internas o externas. El hecho de que las religiones y las tradiciones condicionen el desarrollo de la personalidad no clausura la discusión sobre qué normas y relaciones sociales deban ser aseguradas constitucionalmente.

Como un ejemplo de lo que se quiere decir, en el caso de las religiones, Ferrara realiza un ejercicio reflexivo interesante en torno a la compatibilidad de normas y valores de judaísmo, cristianismo e islam. Su estudio comparativo de las religiones de la llamada por Jaspers la "era axial" anticipa que pueden llegar a darse consensos sobre sus principios fundamentales que allanen el rumbo al diálogo ecuménico. Ferrara encuentra normas que en el plano práctico se solapan entre estas tres religiones con independencia de su fuente dogmática. Como se sabe, el interés de Ferrara está en hallar el asiento normativo del "hiperpluralismo" o "pluralismo reflexivo", para lo que destaca tres dimensiones que se han subrayado en este texto: agencialidad, historicidad y reflexividad (2014).

No pretende homologar los significados de religión y cultura como fuentes de idénticas prácticas sociales. Sin embargo, su comprensión del papel de las religiones en la vida política destaca que desde la perspectiva interna de los participantes es posible captar el sentido de muchas normas y creencias que configuran nuestros hábitos y relaciones elementales. Ferrara reconoce esta semejanza parcial entre las cuestiones religiosas y culturales tomando en cuenta que en ambas se presenta "el reto de conciliar prácticas distintas en un espacio público en el que nadie debe sufrir discriminación y el de discernir qué prácticas pueden ser aceptadas y qué otras deben ser rechazadas por ser incompatibles con la idea de neutralidad, o *laïcité,* de las instituciones públicas" (2014: 279). Para sus participantes, las culturas se viven como fluidos confusamente delimitados, y no tienen una correspondencia exacta con una población o territorio específicos. Las personas transitan entre culturas cuando interactúan y deliberan en torno a asuntos prácticos, aunque no puedan acotar en cada caso los marcos y escenarios de las discusiones ni controlar el significado de las normas y valores que les son inherentes.

Con más énfasis en las similitudes pragmáticas, Taylor (2011) ha argüido a favor de no distinguir las creencias religiosas del resto de las creencias que se debaten en público para recuperar el sentido de la agencia y la responsabilidad personal. Coincido con Taylor, porque en el plano fenomenológico de la experiencia, religión, ideologías y cultura, aparecen como sistemas comprehensivos de creencias, valores y normas. La aprehensión intersubjetiva en todos estos planos es íntima y forma la identidad, el sistema de la personalidad y de las relaciones más cercanas: familia, amistades y otras fuentes de autoridad incuestionadas en el decurso cotidiano. Ninguno de estos sistemas, por otra parte, está bajo control y total disposición de los individuos. Por lo tanto, tal vez no haya razón para exigir *ex ante* de las discusiones públicas que los participantes sean capaces de

discernir completamente sus sistemas de creencias religiosas o culturales, o conocer a cabalidad la doctrina e historia de estas instituciones. Me parece que el debate habitual en el espacio público ocurre en condiciones no tan ilustradas —como el diálogo que se figura Ferrara entre las tres religiones del libro—.

Pero además existe otra razón para no exigir que sea explicitado todo el conjunto de normas que se supone están a la base de nuestras conductas hacia otros: ni las religiones ni las culturas son prácticas ortodoxas apreciadas en conjunto cuyos participantes sean homogéneos, con creencias monolíticas y estáticas. Las relaciones sociales en la modernidad revelan intercambios y ajustes permanentes de las reglas prácticas de tales instituciones dados los entornos cambiantes. Este es un tema central en Phillips (2007): existe un prejuicio no sólo ilustrado, sino chauvinista contra el pluralismo cultural, siempre que se trate de las culturas de los otros. Observa una tendencia en las sociedades occidentales racionalistas de representarse a los individuos de los grupos minoritarios como constreñidos por los dictados de su cultura. *Las* culturas niegan la agencia humana, la autonomía, y explican virtualmente todo lo que las personas hacen y dicen. En cambio, *la* cultura propia en contraste conforma individuos racionales y autónomos, cuyas acciones reflejan juicios morales, y que son responsables por ellas. La perspectiva incluyente de Phillips es digna de atención, sobre todo porque se refiere a una relación que tiende a mirarse con recelo: feminismo y multiculturalismo (Okin 1999). Para Occidente, el resto de las culturas es patriarcal. Esta clasificación binaria ni ayuda ni es convincente. Sin embargo, revela claramente que la cultura "es algo que los otros tienen", porque la gente tiende a naturalizar las propias prácticas: nuestras celebraciones, comidas, vestimentas y actitudes en torno al matrimonio y al sexo, al dinero o al poder, reflejan el mundo como es.[86]

El enfoque social de las prácticas auxilia a pensar de otra forma tanto la religión como la cultura. En ambos casos no estamos ante sistemas cerrados, completos, coherentes, ni estrictamente delimitados. Cada vez que las personas debaten en torno a problemas prácticos en público acuden a estos órdenes como cajones de sastre influidos por sus saberes sobre los mismos, así como por el grado de aprehensión y compromiso que les procuren. Debido a que las sociedades contemporáneas son plurales y complejas, es

[86] Gamero Cabrera (2017) critica estas actitudes con el argumento del lenguaje privado de Wittgenstein; lo relaciona no con la subjetividad individual, sino de los colectivos. Toma la noción de injusticia epistémica contra las personas dañadas por ciertas expresiones convencionales que no pueden controlar ni disputar con autoridad suficiente. Esto implicaría transformar las prácticas.

posible participar y transitar entre sistemas de prácticas de origen diverso. En virtud de ello, creo que llevan razón Alessandro Ferrara, Anne Phillips y Charles Taylor cuando proponen que religión y cultura como fuentes de normas prácticas pueden y deben ser disputadas en sus propios términos; es decir, sin la exigencia previa de traducciones a un estándar de razón pública. Dicho estándar resultará ampliado o reducido sólo después del diálogo, no antes. No hay un lenguaje filosófico neutral ni una visión de ninguna parte (Nagel, 1996). Si se cruzan con la discusión constitucional y con la idea de reflexividad, todas las prácticas tendrían que ser justificadas bajo las normas políticas fundamentales: derechos y democracia como instituciones históricas que actualizan la autonomía y el autogobierno. Es posible ajustar en dos direcciones las normas sociales: mirando por un lado los principios y valores, y por el otro los problemas concretos sin asumir *a priori* que toda institución por su sola permanencia merezca ser mantenida. Caso a caso se debe justificar cada regla donde sea disputada. En el parlamento o en la calle ni representantes ni ciudadanía debaten en el plano global los sistemas religiosos y culturales, sino en el más puntual de los problemas cercanos a las personas. Sobre cómo el constitucionalismo llega a influir de forma positiva en sociedades no seculares, de modo parecido a las democracias liberales, imponiendo constricciones valiosas ha presentado evidencias Hirschl (2010). Lo importante es que exista una separación formal entre autoridad política y autoridad religiosa. La sala de máquinas constitucional desempeña un papel fundamental, aunque no se posea una clara consciencia colectiva de los valores liberales.

No se puede empero ser ingenuo y pretender que todas las personas en las discusiones públicas sean reflexivas, capaces y dispuestas a trascender el núcleo normativo de sus creencias religiosas, de sus tradiciones y costumbres. Pero esta precaución afecta también a la fuente constitucional, de los jueces, dogmáticos y filósofos del derecho. La sospecha se puede tener en las dos direcciones. En virtud de ello, el constitucionalismo reflexivo debe partir de un principio autocrítico y escéptico respecto de sí mismo. Como Habermas plantea de la noción de patriotismo constitucional: nunca estaremos seguros de no estar trasladando al derecho valores incuestionados. Por eso también Rawls insiste en ejercitar el equilibrio reflexivo desde los consensos traslapados. En la dirección inversa, de abajo a arriba, en el caso de los pueblos y las comunidades indígenas en América Latina, se presenta como problema de las Constituciones traducir reclamos diversos sobre temas como lengua, tierra, religión y cultura al lenguaje de los derechos y la democracia.

Capítulo tercero

SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE PERMANENTE: ACCESO A LA JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

En los anteriores capítulos se ha señalado que las Constituciones tratan de realizar simultáneamente, en forma cooriginaria, los valores de la autonomía y el autogobierno. Se podría decir que estos valores corresponden respectivamente a los derechos humanos y al régimen democrático (soberanía popular). Se ha expresado también que la noción de autonomía empleada no está absolutamente comprometida con el ideario liberal, que se suele atribuir sin más rigor a Kant,[87] y que reduciría aquélla al plano de la conciencia subjetiva. Las nociones de autonomía y autogobierno connotan la actual idea de agencia, en un sentido que considera tanto la no dominación de Pettit (1999, 2014) como las capacidades de Sen (2000) y Nussbaum (2002, 2012):[88] expresan el poder de realizar nuestros proyectos de vida en una medida razonable. De ninguna forma suponen cualidades como independencia o autosuficiencia personal. Pettit rechaza las interferencias arbitrarias, y Sen estima las capacidades como bienes frágiles que suelen implicar acciones públicas; por ejemplo, el control estatal de las epidemias para satisfacer el derecho a la salud y estar libre de enfermedades. Es muy poco lo que individuos aislados podrían lograr en estos casos. Sucede lo mismo en el escenario de las libertades concebidas como inmunidades frente a la crisis de seguridad, verbigracia. Sin un Estado garante, las personas no están en condiciones de resistir los embates de la delincuencia organizada. Como se ha señalado, el constitucionalismo reflexivo, en los juicios meditados de las personas, contrastados con

[87] Esta interpretación es inexacta. La autonomía para Kant en relación con el derecho público es compleja. Sobre todo, es reflexiva y trata de poner en coherencia en un sistema filosófico los diversos papeles que las personas desempeñan: como *individuos privados* con miras puestas al bienestar y la felicidad propios; como *ciudadanos de un Estado* concernidos con la justicia política; o como *ciudadanos del mundo o cosmopolitas* que procuran el bien de la especie; Kant (1993). He tratado el tema en Sahuí (2012).

[88] La noción de ciudadanía reflexiva teniendo en cuenta las capacidades está en Kevin Olson (2006).

las plurales concepciones de la justicia y con otras prácticas sociales, revela múltiples influencias. Ninguna es capaz de determinar por sí misma todos los contenidos normativos.

En el ámbito de la ciencia política, O'Donnell (2010) ha incluido la noción de agencia como un componente clave para comprender las relaciones entre el régimen político, de un lado, y el Estado, el gobierno y la administración, por otro. La agencia es una idea que atraviesa, y que al mismo tiempo que es apuntalada por relaciones de naturaleza social, económica, política, técnica, de igual manera se ejercita en distintos planos existenciales (hogar, barrio, fábrica, mercado, plaza pública) y en diversas esferas (municipal, local-estatal, regional, federal-nacional, global-internacional). Pero es fundamental para apreciarla que en última instancia la agencia se pueda reconocer como un producto intencional de la razón práctica, como resultado de un discernimiento o juicio individual, por precario que éste pueda ser. La persona no es el individuo a secas; es la ciudadanía con específicos derechos de participación. Esta participación no se refiere a todo tipo de comportamiento, sino que involucra complejas cuestiones filosóficas, morales y psicológicas. No supone seres angélicos ni inteligencias superiores.[89] Los seres humanos somos sujetos sociales codependientes. Por ello, no se puede obviar el entorno de relaciones interpersonales. En el enfoque empleado, estas relaciones toman la forma de instituciones. Aunque éstas no se deben entender como productos de acuerdos deliberados, explícitos o simétricos (como cree el contractualismo), tampoco se acomodan aleatoriamente. Los derechos y la democracia se comprenden como un tipo de prácticas públicas en las que se pretende realizar la agencia personal, pero que siempre pueden ser disputadas en su justificación.

Los capítulos previos han dado por descontada la realidad de los derechos humanos y la democracia en las Constituciones. Se ha asumido el carácter primordialmente liberal del constitucionalismo, que ha configurado formas institucionales específicas, pese a la existencia de concepciones alternativas con acentos más republicanos. En el propósito de repensar el modelo constitucional y su organización (imperio de la ley, control judicial y protección de derechos, separación de poderes y democracia representativa) Dowdle y Wilkinson (2017) han propuesto un *constitucionalismo reflexivo.* Este no implica estar en contra del liberalismo, sino ir más allá de él. Creo que llevan razón en que no hay mejor manera de honrar el proyecto liberal

[89] Una de las transformaciones más interesantes en epistemología se asocia a lo que Broncano denomina el "giro agencial", que tiene implicaciones políticas importantes (2020: pos. 1539).

que juzgar y controvertir sus resultados. Pienso en la interpretación individualista de los derechos humanos como inmunidades antes que poderes, y de la democracia competitiva con una noción de preferencias e intereses particulares no susceptibles de calificación.

Nótese que he denunciado el individualismo como *una* interpretación de los derechos humanos y de la democracia, y que no cuestiono el valor fundamental de ambas instituciones. Lo que propongo es apuntalar el constitucionalismo con dimensiones que aportan otras doctrinas.[90] Sin duda, cabe anticipar tensiones entre los diversos enfoques, pero no existen razones para suponer que la pluralidad y la complejidad social puedan llevar a una Constitución con valores uniformes. Tribe y Dorf critican un tipo de interpretación "híper-integracionista", que asume que la Constitución habla con una "voz única, simple y sagrada", con una imagen unitaria de sociedad ideal (2017: 92); Ackerman señala que el "constitucionalismo democrático liberal" no es un concepto indivisible, "sino un espacio en el que convergen diferentes valores que coexisten en profunda tensión" (Ackerman, 2011: pos. 160); igual que Martí en el ámbito hispano:

> …aunque los valores democráticos (la idea de soberanía popular o autogobierno) y los valores liberales de autonomía privada e igualdad (representados por los derechos fundamentales o por una concepción normativa del constitucionalismo) en cierta medida se presuponen mutuamente por razones conceptuales, también entran en conflicto entre sí, a la vez que impiden cualquier priorización o jerarquización (2006: 134).

En este capítulo quiero visibilizar algunas situaciones en las que ciertos ideales y aspiraciones de las personas pasan a convertirse en normas de derechos humanos y del régimen democrático. El objetivo es paralelo al análisis de la arquitectura constitucional porque trata de averiguar ciertas formas en las que acontecen estos momentos constituyentes, pero sin ceñirse a los actos de promulgación y reforma formal textual. El propósito es explorar la transformación de las normas constitucionales que ocurre a partir de impulsos de la ciudadanía de a pie, aunque este cambio no ocurra en un momento discreto sino en forma sucesiva pero reconocible en la interpretación o adecuación de tales normas. Dicho de forma llana: se trata de resituar el poder constituyente en las personas comunes mediante los canales dispuestos a

[90] Dice Bernal Pulido: "En la historia reciente de la filosofía política del mundo occidental existen por lo menos tres diversas concepciones morales del individuo, o con mayor precisión —dado que se habla en el ámbito moral y jurídico—, de la persona, a saber: la liberal, la democrática y la del Estado social" (2018: 44).

ese propósito. El enfoque social de las prácticas brinda recursos para este entendimiento dinámico. Dice Häberle: "La interpretación de la Constitución (abierta) no conoce, de acuerdo con su particularidad, una institución especial como la «mutación constitucional»" (2020: 48).

Se presume que la forma y el contenido que adoptan los derechos y la democracia en cada caso están condicionados contingentemente por el momento del debate, de la deliberación y de la negociación del orden constitucional; por los procesos sociales, los actores y las doctrinas principales que lo influyeron. No se debe olvidar la ineludible presencia en todo acto constituyente de un factor real: la intervención de poderes fácticos soberanos; gobernantes, monarcas, aristocracias, oligarquías, clases dominantes u otras elites, en relación antagónica con la ciudadanía común. Poderes que pueden ser no sólo políticos, orientados al autogobierno colectivo, sino económicos (reproductivos o productivos), culturales (en sociedades estratificadas, patriarcales, multiétnicas o plurirreligiosas), o incluso externos militares e imperialistas. Tal vez éstos sean factores determinantes y, por lo tanto, se deba reflexivamente explorar cómo ellos influyen en la estructura constitucional adoptada, amén de visibilizar las discusiones y negociaciones llevadas a cabo (Tully, 2007: 321).[91]

En la primera parte del texto trato de aclarar desde un enfoque social pragmatista en qué consiste la práctica pública de darse o de transformar una Constitución, y su significado para los participantes en dicha tarea. No existe una ruta aplicable a todos los países que refleje los procesos políticos de establecer una Constitución, fijar o mudar sus contenidos. Hay procesos revolucionarios, reformistas, negociados entre elites, que implican muchas veces cambios constitucionales, y así son socialmente reconocidos, pero muchas veces sin mover el texto constitucional. Por ende, al hablar de procesos constituyentes no remito a la ficción de un momento del pasado perfectamente acotado. No se trata sólo de asambleas constituyentes, actos

[91] Con una perspectiva empírica, Welp y Soto (2019) revisan veintinueve casos de cambios constitucionales, con el propósito de determinar las condiciones que un proceso constituyente con participación deliberativa debería cumplir. Sánchez-Cuenca, pese a que estima como ejemplos paradigmáticos de Constituciones los compromisos derivados de una asamblea constituyente donde están representados distintos intereses sociales, este tipo no es tan frecuente: "A partir del análisis de 59 procesos constituyentes en el período 1945-2004, … tan sólo en el 25% de los casos la Constitución se elaboró en una asamblea. El 75% restante corresponde o bien a mesas redondas en las que se negocia entre el régimen que se extingue y las fuerzas emergentes del nuevo régimen democrático, o bien a comisiones de expertos. Las asambleas tienden a producirse sólo cuando las fuerzas políticas con capacidad de iniciar el proceso constituyente no tienen el poder suficiente para imponer su modelo de Constitución al resto de la sociedad, viéndose obligados a dejar espacio a las fuerzas rivales" (2010: 142).

de promulgación o reforma ni de interpretaciones autorizadas judicialmente. En la perspectiva reflexiva de los participantes en estos procesos, la legitimidad y la estabilización del significado de las normas fundamentales no ocurre en automático y en momentos discretos.[92] Puede haber interpretaciones pacíficas de las normas cuando no son controvertibles o interpretaciones, que aunque sean controvertibles son pacíficas en la medida en que son las dominantes.[93] Sin embargo, el significado de cualquier norma puede permanecer en disputa después de mucho tiempo debido al carácter genérico de los principios (Moreso, 1997). La fijación provisional de ciertas interpretaciones operativas y doctrinales no cierra el debate sobre la Constitución ni excluye del deber de justificación caso a caso, porque nunca se pierde de vista la contingencia de los orígenes históricos y contextuales.[94] Por lo tanto, cuento como actos constituyentes, además de los que resultan de asambleas solemnes, otros derivados de sentencias paradigmáticas, de legislación con impacto trascendente, o de acciones gubernamentales que modifican el significado corriente de los derechos y del régimen democrático.[95] No obstante, es menester mayor especificación conceptual de qué cuenta en una situación novedosa como un poder o un acto constituyente.

No se trata de adoptar un tipo de mirada realista sobre la política según la cual lo más que se puede decir de una Constitución histórica es que refleja puras situaciones *de facto*, sean acuerdos negociados o correlaciones de

---

92 Dice Bellamy: "(N)o es plausible justificar las Constituciones como productos de un «momento» especial de precompromiso popular. En vez de ello, el pueblo se reconstruye continuamente a sí mismo y a la democracia a través de la política normal" (2010: 153).

93 Retener un saludable escepticismo en torno a las normas no implica asumir que su significado sea siempre dudoso. Las controversias interpretativas no son eternas y desde el punto de vista sincrónico se puede verificar la existencia de interpretaciones consolidadas, pacíficas y dominantes. Guastini (2010: 172).

94 Según Martí, las normas constitucionales de derechos y de las competencias "son contingentes y relativas (contingentes porque han sido creadas por alguien en un momento determinado y podrían ser de otra manera, y relativas porque sólo alcanzan al ámbito de aplicación de la norma en la que se encuentran)" (2006: 86).

95 Para Negretto: "Las Constituciones pueden alterarse a lo largo del tiempo recurriendo a diversos medios. Uno de ellos lo constituyen las alteraciones textuales, ya sea en forma de enmiendas o de un reemplazo total. Una Constitución también puede modificarse sin cambios textuales, en general mediante la interpretación de una corte constitucional. De manera menos visible, las Constituciones pueden transformarse por medio de decisiones legislativas y ejecutivas, o bien a través de prácticas informales de los actores políticos" (2015: 48). En el mismo sentido, Arato manifiesta: "(B)ajo órdenes políticos liberales y democráticos se pueden crear órdenes legales totalmente nuevos, bajo las reglas constitucionales del sistema existente" (2016: 20).

fuerzas entre grupos de interés. En la concepción de las prácticas sociales el punto de vista de los agentes es ineludiblemente normativo, con independencia de que sus actitudes sean instrumentales, estratégicas o cooperativas.[96] En la perspectiva de una práctica repetida en el tiempo, o sea, de un juego de múltiples partidas, la expectativa legítima es que nadie abandone o suspenda el juego. De modo que la configuración de las reglas del juego no se puede comprender como puro acto de poder o violencia, aunque no se ignore que haya roles, papeles y relaciones asimétricas de fuerza.[97] Por lo tanto, a pesar de que las personas no entiendan un consenso constitucional histórico como si estuviera plenamente justificado, deben pensarlo al menos como un compromiso que deban respetar, así sea que continúen disputándolo.[98]

En la segunda parte del capítulo observo algunos engranes y movimientos de la sala de máquinas constitucional. No obstante, el propósito es bastante acotado. No consiste en llevar a cabo una radiografía del orden público (Salazar, 2006) ni la descripción pormenorizada de sus órganos y funciones. Esto excede con mucho mis capacidades. El objetivo es indagar con unas pocas ilustraciones sólo desde el derecho de acceso a la justicia el papel de la agencia personal (comprendida en los atributos de autonomía y autogobierno) al interior de esta máquina; en concreto, su función democrática. Si la autonomía se lee como actualización de la idea de derechos entendidos como inmunidades, el autogobierno connota en cambio

---

96 No hay razones para asumir que las actitudes cooperativas sean las únicas dignas de consideración para un enfoque pragmático, o pragma-dialéctico como lo denomina Vega-Reñón: "¿Por qué una discusión crítica, presunto paradigma de una buena argumentación, ha de descansar únicamente en intervenciones cooperativas? ¿No pueden ser parejamente razonables y críticas las confrontaciones en las que cada parte procura preservar su posición, aun a riesgo de desembocar en unas diferencias aún más nítidas que las presumibles al inicio?… ¿acaso no son desenlaces legítimos de una discusión crítica la franca declaración de los motivos de disentimiento o la suspensión del debate hasta mejor ocasión?" (2016: 173).

97 Así interpreta Gutiérrez la concepción de las prácticas de Bourdieu: un campo social "es un espacio de juego que existe en cuanto tal, en la medida en que hay jugadores dispuestos a jugar el juego, que creen en las inversiones y recompensas, que están dotados de un conjunto de disposiciones que implican a la vez la propensión y la capacidad de entrar en el juego y de luchar por las apuestas y compromisos que allí se juegan" (2012: pos. 306).

98 Cabe subrayar que no me refiero aquí a la simple conformidad con normas que se deriva al mero hecho de "seguir a los demás" que suele ser producto de una heurística natural de las personas y colectivos. Se trata de llamar la atención sobre prácticas de justificación que se realizan conscientemente en las que cada participante asume que es de interés grupal seguir normas si se hace valer también el punto de vista singular. Por esta razón, es importante averiguar la gramática y las dinámicas que propiciarían la ruptura de esas inercias. Sobre el tema, Sunstein (2020) y Bicchieri (2019).

un ideal participativo de carácter social, colectivo o público, que proyecta una concepción de los derechos como poderes y capacidades efectivos. Las personas deben contar con recursos para poner en movimiento y afectar los productos de la sala de máquinas constitucional.[99] Interpretado en clave republicana, se aprecia el poder permanente de disputar u oponerse a la autoridad estatal (Pettit, 1999, 2012). En un sentido que es simultáneamente participativo y deliberativo, la idea es pensar la ciudadanía como iniciadora o detonadora de la conversación democrática (Lafont, 2021; Gargarella, 2021; Landemore, 2020; Piketty, 2021).

Se trata entonces del vínculo de los derechos y la democracia en las relaciones horizontales entre los poderes, los *checks and balances;* o las relaciones verticales entre los órdenes federal, estatal y municipal. Pero lo distintivo es que esto se lleva a cabo desde el punto de vista de las personas que participan como ciudadanas en determinadas prácticas, formales o informales, y no de los órganos que los encarnan. Este enfoque manda a un distante segundo plano, por ejemplo, cuestiones acerca del órgano que tenga la última palabra en materia de derechos, que llena infinidad de páginas del constitucionalismo. Para la ciudadanía, todas las instancias públicas están a su disposición. En consecuencia, echarán mano de ellas como una caja de herramientas según sea el problema que deban enfrentar y según las aptitudes particulares con las que cuenten para darles un uso eficiente y eficaz. De modo que la competencia y el control entre tales instancias es algo que en lo inmediato no interesa a las personas cuando elevan pretensiones particulares al Estado. Por esta razón, con independencia de los frenos y contrapesos de la maquinaria constitucional, los individuos ensayan una instancia u otra hasta percatarse de que ésta se echa a andar y que funciona eficazmente en su favor. Dicho de otra manera, para las personas que asumen el estatus de ciudadanía los poderes públicos deben cooperar a su servicio.

Este enfoque figura una concepción de democracia participativa complementaria a la democracia representativa,[100] que se suele acotar a su dimensión electoral, a la selección y a la elección de las personas que integran los órganos estatales —lo que O'Donnell denomina "el régimen político"—.

---

[99] Olson sostiene que la ciudadanía no sólo está sujeta a las leyes, sino que debe verse como autora de las mismas; como Teseo, hará arreglos a la nave durante la travesía. En este poder se manifiesta el ideal de autogobierno o autonomía pública (2006: 131-152).

[100] Dice Pereyra: "la democracia representativa, tal como es sostenida por el liberalismo, lejos de impulsar la participación popular en la sociedad política, tiende a inhibirla. No es por azar que los defensores de la democracia liberal se muestren renuentes a aceptar modalidades de democracia popular participante. La representación es pensada desde esta óptica como un sustituto de la participación" (2012: 27).

Los momentos de deliberación y decisión, igual que los de control y rendición de cuentas, apenas se pueden apreciar en el modelo representativo en el que se asienta el Estado constitucional en forma predominante. Una democracia participativa no implica necesariamente el uso de instrumentos de democracia directa en los asuntos públicos (referéndum, plebiscito, revocación de mandato).[101] Se piensa más en tipos de democracia como la "poliarquía" de Dahl (1989), que promueve participación y oposición, la "contrademocracia" de Rosanvallon (2007), la "democracia abierta" de Landemore (2020), la "concepción participativa de democracia deliberativa" de Lafont (2021) o la "conversación entre iguales" de Gargarella (2021). Ninguna de estas apuestas es idéntica a la democracia madisoniana del constitucionalismo liberal, cuya tarea central es el control entre poderes; un asunto de ingeniería institucional.[102] La Constitución debe tener una orientación democrática que no encubra desigualdades ni debilite con sus reglas el poder ciudadano de impugnar con éxito a los poderes fácticos.[103]

Para desarrollar este enfoque pragmatista que conlleva el punto de vista interno de las personas, se procede mediante el análisis de ciertas instancias constitucionales que reaccionan en casos de disenso ante formas radicales de protesta social, resistencia, mecanismos de oposición al gobierno o a las leyes, y contra otras estructuras sociales, económicas o culturales paralelas al Estado, que normalmente son solapadas por él. Lo que interesa es descubrir el papel de la participación a través de los derechos en las prácticas que comunican a las personas con la maquinaria institucional para, una vez que ésta se eche a andar, explorar la dinámica de sus engranes; en qué canales fluye y en cuáles se interrumpe la agencia. Adoptar esta perspectiva implica adoptar una estrategia metodológica, heurística, llevar a cabo un recorte analítico. Por lo tanto, no se debe asumir que la participación democrática que no es electoral sólo ocurre en este tipo de

---

101 Recupero la crítica a los mecanismos de democracia directa de Lissidini, Welp y Zovatto (2008, 2014). El problema es su déficit de pluralidad y riesgo de manipulación. Sin embargo, pueden ser complementarios a otros instrumentos deliberativos y participativos.

102 Asumo la crítica de Dahl al modelo: "En la formación de la Constitución, el estilo de argumento Madisoniano proveyó una ideología satisfactoria, persuasiva y protectora para las minorías con riqueza, estatus, y poder, que desconfiaban y temían a sus amargos enemigos —los artesanos y granjeros de riqueza, estatus y poder inferior, quienes ellos pensaban constituían la mayoría popular—" (2006: 60). Asimismo, Gargarella (2014).

103 Estimo análogo el motivo del constitucionalismo "débil" de Colón-Ríos: democratizar los mecanismos para la transformación constitucional, que no pasan por las formas normales de entender la revisión judicial ni los procedimientos supermayoritarios. Sin embargo, mi propuesta sigue una ruta distinta. De todos modos, creo que no son contradictorias, sino complementarias. Colón-Ríos (2012, 2013).

circunstancias extremas.[104] Sin embargo, esta perspectiva permite ver con claridad algunos aspectos interesantes de la máquina, según sea que empoderen o, por el contrario, frustren y devoren a sus sujetos. En el lenguaje funcionalista de la teoría de sistemas la participación refleja el acoplamiento entre el sistema de personalidad y el sistema constitucional; por ello, las acciones y los reclamos particulares no son puro ruido.[105] Desde la esfera de la opinión pública informal, la comunicación ha de atravesar las esclusas del derecho (Habermas, 1998), ser capaz de afectar el "código-fuente" (Landemore, 2020). Estos cruces ejercitan la reflexividad al confrontar las reglas y valores colectivos con las afectaciones a las personas que participan de ellas.

En este punto se debe notar que el acceso a la justicia es una institución compleja. En un libro de constitucionalismo, cabría imaginar que éste se refiera específicamente a procesos constitucionales *stricto sensu*, sean de control judicial de las leyes o de tutela de los derechos humanos; no a todo el sistema de justicia. Sin embargo, aunque se debe especificar la dimensión típica constitucional para el resguardo del texto fundamental, me interesa visibilizar globalmente el sistema reflexivo de alertas ciudadanas en relación con los principios de los derechos humanos y del régimen democrático que irradian todo el orden jurídico y que se manifiestan en la llamada "justicia cotidiana". Como se ha dicho varias veces, en derecho familiar, mercantil, fiscal, laboral, de responsabilidad civil contractual y extracontractual se han dado transformaciones profundas en el ámbito de la adjudicación judicial ordinaria subvirtiendo interpretaciones consideradas asentadas. Esto sugiere una lectura constituyente del acceso a la justicia flexible, abierta y dinámica capaz de percibir en los espacios más íntimos los intereses básicos de las personas sin esperar que las elites políticas, como los partidos, las asociaciones y los movimientos cívicos, o los jueces y juristas, elaboren una doctrina global del sistema constitucional, cosa que no está alcance de cualquiera. En este sentido, mi idea intuitiva de acceso a la justicia se asemeja

[104] No se deben ignorar las críticas de Mansbridge, Warren o Chamberse al énfasis en las cortes y el *judicial review* en el proyecto más amplio de la democracia deliberativa, por angostarlo en la gramática de las Constituciones. Ellos defienden que la democracia debe estar abierta a la opinión pública y las movilizaciones sociales. Mansbridge (2020); Chambers (2020), Warren (2020) Estas críticas se dan en relación con Lafont (2021).

[105] Dice Luhmann: "No hay ninguna razón para afirmar que nuestro orden social sea institucionalmente enemigo de la personalidad. Más bien lo contrario es cierto. Toda sociedad diferenciada —desarrollada al grado que no puede ser suficientemente coordinada de manera central— debe apoyarse en la personalidad como punto nodal de las exigencias sociales. Esto lleva a invertir elevadamente en los individuos. La intensificación de sus pretensiones se legitima socialmente. Se desarrolla un incremento de la sensibilidad ante las condiciones personalizadas del comportamiento y la necesidad de respeto" (2010: 141 y 142).

al *due process* iusfundamental de Häberle como *status activus processualis:* se trata de que la ciudadanía disponga de medios aptos para elevar pretensiones públicas. No necesariamente tiene que ser mediante la vía judicial, sino que se pueden disponer procedimientos escalonados por etapas que inicien en escenarios no judiciales. Esto conduce a apreciar una distinción importante entre los derechos humanos y los intereses de derechos humanos. Los primeros son contenidos justiciables como derechos públicos subjetivos o exigencias que son desarrolladas dogmática o judicialmente, mientras que los intereses de derechos se refieren a las cuestiones sustantivas de las que tratan tales derechos, pero que todavía están más allá de la protección judicial (2020: 149). Esto no significa que se diluya su fuerza normativa, sino que deben aterrizar en otras instancias gubernativas, administrativas o legislativas. La idea de acceso a la justicia en este punto no se detiene, sino que busca conducir los procesos de implantación práctica de esos intereses, por difícil que parezca.[106]

Por último, en la tercera parte señalo un lugar y modo habitual en donde el orden constitucional, en forma deliberada —pero velada o disfrazada—, obstaculiza y amenaza la agencia personal. Me ocupo de un circuito de la maquinaria que suele reñir con el derecho de acceso a la justicia concebido en última instancia desde el ideal democrático de participación, es decir, como un instrumento de emancipación personal y como expresión del autogobierno. Se trata de un enfoque particular sobre el derecho penal, específicamente cuando cumple la tarea de sancionar la violación de normas por parte de disidentes u opositores públicos —no en casos relativos a la delincuencia común—. Se trata de actores públicos tipo organizaciones de la sociedad civil, movimientos sociales, colectivos marginados, e incluso individuos que disputan normas o políticas públicas, critican a sus gobiernos o denuncian violaciones a derechos humanos, pero lo hacen por fuera de las instituciones estatales. Mientras en el epígrafe segundo me enfoco en los usos normales o regulares del sistema global de acceso a la justicia, aunque señalando algunos de sus obstáculos, aquí adopto una perspectiva diversa en torno a las reacciones violentas del Estado; especialmente de cómo pretenden hacerlas pasar por constitucionalmente legítimas. De modo que el problema que se denuncia no es la selectividad ampliamente cuestionada de los contenidos del derecho penal y del sistema de justicia criminal en contra de las personas pobres y marginadas. Ésta se refleja en la identificación de ciertas conductas como "tipos", en la graduación de las penas y la modulación del reproche estatal (castigo), y en la conducta judicial y policial ante la

106 He explorado la noción de intereses como sustrato de los derechos en Sahuí (2008).

"construcción" de sujetos y conductas peligrosos a partir de estereotipos y prejuicios socialmente asentados.

Sin duda esto es un aspecto que se debe señalar y discutir en frentes diversos, con la democratización de la cuestión penal y criminal para que se reflejen los asuntos que interesan a la gente de una manera incluyente con una comprensión integral de la justicia y la cohesión social, y con la armonización del derecho penal con el sistema de derechos humanos constitucional y convencional-internacional. No obstante, el tema de este apartado es específicamente el uso de la justicia penal en contra de la protesta pública individual o social, su criminalización, frente al uso de otros instrumentos de carácter político o administrativo. El talante constitucional debe resistir la tentación de parte del Estado, de reaccionar a través de este recurso, que debe situarse al final, luego de probar otras alternativas más benévolas. Como señala Habermas (2000), el constitucionalismo democrático se puede evaluar por la forma de tratar a sus disidentes, a sus desobedientes civiles y a sus objetores de conciencia. En términos de Dahl (1989), de nuevo, la democracia se juzga por su capacidad de admitir la mayor participación y oposición.

I. Poder constituyente permanente y enfoque de prácticas

La cuestión del poder constituyente ha ganado terreno en los estudios constitucionales, tal vez debido a la crisis del constitucionalismo liberal, cuya arquitectura es predominante. Un aspecto interesante de dicho poder es su configuración ineludiblemente paradójica o circular (Loughlin y Walker, 2007): el pueblo es soberano, pero es incapaz de obrar sino a través de formas jurídicas previamente constituidas. En condiciones semejantes, la reflexividad se antoja una cualidad individual y social indispensable. ¿Es el pueblo soberano una mera ficción o es en realidad un agente activo? Si se trata de un agente activo, ¿es momentáneo, o tiene significación continua y permanente? Para Ackerman (2015), la Constitución debe entenderse de manera dualista, ya que expresa dos decisiones diferentes: la primera decisión es del pueblo americano, que se manifiesta muy raramente, y la segunda decisión es de su gobierno, que se verifica en lo cotidiano, pero su desempeño tiene siempre al pueblo como un vigía permanente haciéndolo responsable en las urnas electorales y en los diversos incentivos institucionales para que nunca se pierda de vista el interés público. Desde su punto de vista, solamente una idea de esta especie expresa las crisis de autogobierno democrático siempre en marcha en las repúblicas liberales.

Para hablar sobre el poder constituyente como un concepto moderno, Loughlin (2017a) ha propuesto tres modelos: *1)* normativismo, *2)* decisionismo, y *3)* relacionalismo.

El primero de estos modelos, el normativismo, sería el que predomina en el constitucionalismo actual. Presenta dos variantes: positivista y antipositivista, que comparten como características elementales la promoción del orden liberal legal y la disminución de la importancia de su fundamentación democrática. En la variante positivista, el constitucionalismo se muestra como producto de un análisis científico que elimina las cuestiones de valor, y que hace presuponer su autoridad y validez mediante el objetivo práctico de limitar el poder estatal en beneficio de los individuos. En cambio, su variante antipositivista atribuye un carácter intrínsecamente moral a las normas e instituciones jurídicas, y afirma los valores liberales ideales. Loughlin sitúa a Hans Kelsen del lado positivista, y a autores como Lon Fuller, Ronald Dworkin o Robert Alexy en el flanco antipositivista.

En el modelo decisionista, el constitucionalismo se manifiesta como una concepción del derecho como voluntad, especialmente como expresión de la formación democrática de la voluntad. En favor de la idea de la voluntad popular o democrática soberana, el modelo reduce la importancia de los valores constitucionales liberales. Las Constituciones escritas son productos circunstanciales de situaciones históricas particulares y de la decisión política específica de darse una forma jurídica por dicho poder. Soberano es el agente capaz de identificar situaciones excepcionales de amenaza a la unidad popular donde las leyes pueden ceder, pero el Estado permanece. En la medida en que el pueblo como magnitud extensa y plural no puede deliberar, gobernar o administrar directamente, sólo es capaz de obrar en modo plebiscitario a través de sus representantes. La soberanía descansa entonces en la presidencia *de facto*. Ésta tiene las cualidades para ejecutar la voluntad popular, mientras que las asambleas y los partidos son cuerpos deliberantes, sin fuerza real. Su principal representante sería Carl Schmitt.

Por último, en el relacionalismo, el poder constituyente se manifiesta a través del derecho político, y expresa sobre todo la dimensión siempre abierta, provisional y dinámica del orden constitucional. En este modelo se retiene una igual importancia para la democracia y el liberalismo en la Constitución de la autoridad política, aunque se da cuenta de las tensiones entre ambas aspiraciones. La idea de la cooriginalidad entre las autonomías privada y pública desarrollada por Habermas (1998) retrata bien el espíritu de este paradigma, y sienta las bases para el estudio de la democracia constitucional en una teoría general de la sociedad (Loughlin, 2022: 103).

Considero que el mismo está a medio camino entre normativistas y decisionistas, y que reflejaría las posiciones de autores demócratas que se adhieren a una concepción fuerte, pero no gruesa ni cerrada, de los derechos humanos. Pienso en Waldron (2016), Ackerman (2015, 2016, 2019), Sunstein (2001) o en Latinoamérica Nino (1997) y Gargarella (2021). Los derechos surgen de acuerdos participativos incluyentes, y siempre pueden ser disputados en su contenido y alcance. En virtud de ello, asumen que la definición de los derechos no está prescrita de una vez para siempre, y que no son los tribunales sus custodios exclusivos. Los jueces son actores políticos, y no están exentos del deber de dar razones accesibles a la conversación pública aunque sus decisiones puedan ser consideradas a efectos prácticos como definitivas en forma temporal, ya que la solución de los conflictos sociales no puede ser eternamente postergada. Existen instancias alternas a la judicatura donde se delibera y se toman decisiones de impacto constitucional.

Este último modelo de poder constituyente es consistente con el enfoque social de las prácticas. Voy a proponer cómo esta perspectiva explica mejor tanto la permanencia como el cambio constitucional sin que se afecten valores fundamentales ni se pierda su eficacia por parte de órganos estatales.

De acuerdo con Loughlin, en la noción de poder constituyente concurren dos presupuestos. El primero es que la última fuente de autoridad es el pueblo; y el segundo es que la Constitución es un hecho artificial, un documento (o institución formal) a través del que se expresa el poder de las personas de hacer y de rehacer los arreglos bajo los cuales serán gobernados. Por lo tanto, supone que su función es servir como pivote: expresa la aspiración democrática del autogobierno colectivo, pero permanece siempre como aspiración de incierta e indeterminada forma institucional. De modo que el poder se mantendrá vivo mientras sea capaz de trascender su representación institucional en el texto constitucional; verbigracia, en la ficción jurídica del poder constituyente permanente. Ni el congreso ni los tribunales ni el Ejecutivo, ni siquiera la opinión pública, pueden pretender representar completa y definitivamente la voluntad popular. El problema práctico es que la legitimidad de los órganos y del resto de actores sociales depende de su pretensión de hablar en el nombre del pueblo. Sin embargo, el territorio de la política consiste precisamente en la eterna disputa sobre quién pueda representarlo mejor, y por ende permanece indeterminada. En el acto constituyente, no antes, es donde se forma "el pueblo" como algo distinto simbólica y discursivamente de la multitud y de la mayoría.

Esto conduce a la idea de que el principal reto del constitucionalismo sea mantener activo el poder de la gente ordinaria, las personas comunes y los colectivos más desaventajados: los pobres, cuando se trate de temas socioeconómicos, y las mujeres, las personas los indígenas, afrodescendientes, etcétera, cuando la causa sea sociocultural. La amenaza principal para la ciudadanía desde la Constitución radica en su cooptación institucional. McCormick (2007) destaca la perspectiva de la gente común para asegurar las libertades contra la opresión de los "patricios", de los gobernantes y de las oligarquías que suelen influir en ellos. Ésta sería una distinción digna de ser recordada entre el constitucionalismo tradicional y el constitucionalismo moderno. En este último el pueblo es visto como una entidad integrada por ciudadanos iguales, cuya construcción subvierte el poder de las clases y de otras jerarquías de estatus. Desde este enfoque, el constitucionalismo no debería eludir el trato abierto de las desigualdades estructurales al configurar las reglas de cooperación y competencia entre las personas y los grupos.

Ahora bien, si es el caso que no existe un órgano o institución aptos para representar de manera fiel el significado del poder constituyente, entonces ¿cómo se puede reconocer la voluntad auténtica y real del pueblo?, ¿quiénes conforman un pueblo?, ¿a quién se atribuye el estatus de soberano? Tal vez la ausencia de una respuesta fidedigna se deba a la potencia de la metáfora de la Constitución como un contrato; es decir, como un acto discreto y ubicable en algún tiempo histórico.

Si, por el contrario, se piensa la realidad y el trayecto de los Estados nacionales actuales, se podría observar que no existe nunca un punto o zona cero desde el cual pensar una Constitución. Siempre se cruzan un sinnúmero de procesos y actores que, más allá de determinados actos y textos solemnes que se pretenden fundacionales y productos de un consenso uniforme, subsiste como una sombra la pluralidad y la complejidad sociales ineludibles. Las Constituciones vigentes se pueden también leer en términos de procesos permanentes e inacabados, a pesar de que se tracen delimitaciones y cortes entre los distintos regímenes políticos que sostuvieron unos u otros, democráticos o tiránicos. Esto significa, al traer a cuento la contingencia y la reflexividad, que todas las Constituciones históricas son sólo hitos —así sea bien importantes— de un proceso progresivo de emancipación y búsqueda para realizar la autonomía y el autogobierno que se asignan al proyecto constitucional como sus principios guías. Con esta misma lógica observa Peña:

> En general las sociedades humanas, al igual que los individuos, viven instaladas en ciertas certezas prerreflexivas, en un horizonte de significados que se

> da por supuesto y que se vive con la naturalidad de la respiración; pero hay momentos en los que esa certeza prerreflexiva se pierde y entonces el mundo revela, por algunos momentos, su contingencia: de pronto lo que parecía garantizado de una vez y para siempre muestra su fragilidad y entonces las sociedades se dan a la tarea de averiguar cuál es el fundamento sobre el cual habrán de asentarse, por decirlo así, sus instituciones. Se ponen a buscar, por decirlo de alguna forma, un momento de incondicionalidad que les permita convencerse de que no están erigidas sobre el vacío (2020: 109).

No se puede decir, sin embargo, que los eventos históricos que se consideran originarios o fundantes sean irrelevantes. Éstos siguen siendo importantes referentes de las discusiones, porque a su través se establecen significados particulares, según quiénes hayan sido sus artífices y el contexto en el que se fijaron sus contenidos. En todo caso, es necesario que sean incorporados a procesos más amplios de diálogo. Sólo así se podrán captar las exclusiones sucedidas, asumiendo que el trazado de fronteras entre pueblo y no-pueblo no surge de manera natural. La declaración "nosotros-el-Pueblo" no es una descripción de una realidad prepolítica que se pueda verificar a partir de características empíricas específicas, sino un acto performativo en el que una multitud o agregado de personas se reconocen y se determinan a actuar como una comunidad política. A menudo, en vez de las mayorías populares, han sido elites hegemónicas las que recurren retóricamente a la ficción del "Pueblo-Uno" para ocultar algunos arreglos. Sin embargo, no parece haber evidencia incontestable de que la forma circunstancial que adopten los procesos constituyentes, si brindan o no una adecuada participación e inclusión, se traduzca en el largo plazo en mayor o menor estabilidad constitucional.

En cualquier caso, aunque la toma del poder político por cualquier medio pueda conducir a apropiarse del derecho, hacerse del orden jurídico tiene consecuencias inevitables para el ejercicio de ese poder. Si el presunto soberano abandona su papel y decide ejercer el poder por fuera del derecho, entonces se confronta con sus sujetos y deja de ser soberano. Esto no significa que pierda *de facto* la capacidad de imponer sus mandatos, pero ya no se trata de un ejercicio de autoridad legítima, sino de pura fuerza o violencia. Pese a que puede haber una legitimación *a posteriori* de ese poder y un reconocimiento a su autoridad, legisladores, tribunales y Ejecutivo deben operar internamente como si el ejercicio del poder político fuera regular, no excepcional.

Existen zonas grises en las que el poder no manifiesta la pretensión de ejercerse arbitrariamente, sino trata de cumplir de buena fe una norma cu-

yos alcances son disputados como resultado del pluralismo, la complejidad o las circunstancias cambiantes del mundo. Por tanto, el problema práctico del poder constituyente no se puede soslayar ni dejar de lado. No al menos en el sentido de que los participantes autónomos puedan sentirse concernidos bajo sus imperativos, salvo que se trate de personajes cínicos. Recuérdese que para el enfoque social de las prácticas el asunto de la justificación no puede eludirse.

Sin embargo, considero que es posible representarse una práctica constitucional que asuma desde el punto de vista interno de los participantes que el orden legítimo constituya relaciones de poder que deban ponerse bajo sospecha permanente. Sin contradicción, uno puede continuar jugando con actores que sean leales a los procedimientos actuales de creación, adjudicación y ejecución de las normas, y suponer al mismo tiempo que juegan instrumental o estratégicamente para sacar la mayor ventaja; es decir, más competitiva que cooperativamente. Incluso con participantes "torpes" que mal comprenden el juego, pero no lo suspenden o lo interrumpen. El debate político alrededor de la Constitución suele ser acalorado, y nada garantiza conseguir acuerdos completos y definitivos. En estos casos, la noción de compromiso opera como un equivalente práctico de la justificación para resolver conflictos relativos a la toma de decisiones y la participación colectiva.[107] Cuando el derecho constitucional se analiza en conexión con la acción de gobernar como una práctica compleja que nunca está estrictamente fijada ni concluida, adquiere sentido destacar el poder transformador del derecho contra la idea más habitual de que el constitucionalismo ha de proyectar sobre todo límites. El derecho público no puede dejar de presentarse como una maquinaria de gobierno, instrumento de mando-obediencia y relación social asimétrica. El gobierno emplea tácticas además de las leyes; tiene tendencia a utilizar éstas en forma estratégica, como herramientas de política pública gerencial (Loughlin, 2003: 15). Esta problemática fue vista por Arendt como una tensión inherente al poder de gobernar en las expresiones latinas *agere* y *gerere* (1998a). Ningún agente competente puede ignorar esto. De ahí que siempre quepa poner en duda la pretensión de cualquier orden constitucional de realizar a plenitud los derechos humanos

[107] Pero los participantes en las soluciones negociadas deben interpretar este compromiso como *fair*: "Tales compromisos han de tener por contenido una solución que (a) sea para todos más ventajosa que la ausencia de solución, que excluya tanto (b) a *free riders*, es decir, a quienes eludan la cooperación como (c) a explotados, es decir, a quienes pongan en la cooperación más que lo que sacan de ella. Los procesos de negociación están cortados a la medida de situaciones en las que no pueden neutralizarse las relaciones de poder social, neutralización que es el supuesto de los discursos racionales"; Habermas (1998: 233 y 234).

y las aspiraciones democráticas. En este sentido, el poder constituyente ha de entenderse como ubicuo y latente en una práctica social continua. Ser conscientes de ello conlleva adoptar una actitud práctica escéptica, pero comprometida; no nihilista ni relativista. Para Habermas (1998), la soberanía popular (autogobierno) es la bisagra entre el sistema de derechos y la estructura estatal.

Frente a la amenaza populista puede parecer ingenuo o perverso no controvertir todas aquellas teorías que autorizan disputar a los órganos constituidos sus márgenes legales, convencionales y doctrinales de acción legítima. En estas circunstancias, uno carga con la sospecha de aupar liderazgos o regímenes públicos de poder concentrado, sin apenas responsabilidad, controles y rendición de cuentas. Una mirada rápida a la política en gran parte del mundo revela esta tendencia; en mayor medida a través del fortalecimiento de los Ejecutivos estatales y el debilitamiento correlativo del resto de poderes (Laclau, 2005; Rosanvallon, 2020; Urbinati, 2014, 2020). De modo paradójico, la conducción de la política desde la burocracia y la administración se presenta a través de mecanismos de gobernación centralizada nacionalista, y en otros casos mediante esquemas de gobernanza trasnacional de poderes menos visibles de naturaleza económica, geopolítica y militar. En ambos casos se da un retraimiento de controles asociados al constitucionalismo liberal. Esta tendencia hacia la concentración de poder en los líderes electos se manifiesta en formas iliberales de democracia o autoritarismos competitivos; regímenes delegativos, aclamativos o de referéndum. El fantasma de Carl Schmitt se aparece en la configuración de instituciones que alientan la participación del pueblo en forma espontánea, directa y sin apenas instancias deliberativas de mediación.

Concluyo este apartado con una metáfora que me parece adecuada para pensar el poder constituyente o transformador de las Constituciones. Landemore habla de la democracia aludiendo al movimiento de "código-abierto" o "fuentes-abiertas" (*open-source*), que hace referencia al *software* diseñado de forma que todos lo pueden ver, utilizar, modificar y compartir. A pesar de su apariencia anárquica, el movimiento se apoya en el ideal del trabajo colaborativo, descentralizado y en red, que favorece la comunicación multidireccional y multinivel, así como la retroalimentación. Ésta depende de la confianza entre quienes participan en alimentar y mejorar el código: "en lugar de ser algo creado y resguardado por pequeños grupos de iniciados o expertos, en una democracia el derecho debería ser algo a lo que todos tengan acceso y sobre lo que todos puedan tener impacto. Cualquiera debería ser capaz de escribir y reclamar la autoría sobre el derecho" (2020:

16). Sin embargo, como ella explica: esto no significa que los cambios sean de una radical inmediatez, ya que existen ciertas jerarquías basadas en la reputación de los participantes y protocolos para asegurar que las continuas entradas no se conviertan en intrusiones destructivas. La democracia abierta de Landemore recuerda su reflexión anterior sobre las inteligencias colectivas, donde destaca la idea de diversidad cognitiva, que sólo se logra a través de procesos incluyentes (2013; Landemore y Elster, 2012).[108] En el siguiente apartado ensayaremos la hipótesis de que el acceso a la justicia con una perspectiva constitucional (aunque no necesariamente en sede jurisdiccional o en un tribunal supremo o constitucional) puede ser una válvula, esclusa o compuerta; un pivote de la participación política personal, de la agencia autónoma y una señal del propósito del autogobierno de los sujetos, que daría cuenta de la apertura del código-fuente en términos de Landemore. Esta imagen de la democracia es consistente con la propuesta de Walters (2016), de pensar el constitucionalismo con una imagen circular o reticular, no lineal; con la democracia reflexiva de Olson (2006), y con los estudios de Sunstein (2019, 2020, 2021) acerca de la conformidad con las normas y las posibilidades de cambio a través del medio constitucional.[109] Se sugiere multiplicar esclusas institucionales, abrir espacios para las capacidades y funcionamientos de las personas.

II. Acceso a la justicia y control de la sala de máquinas: derechos humanos y participación democrática

No se puede dejar de reconocer los importantes logros del Estado constitucional liberal. En el tema de los derechos humanos y la democracia, los regímenes sujetos a este modelo demuestran ventajas comparativas. Al parecer, la autonomía y el autogobierno obtienen buenos rendimientos en

[108] Hay evidencia de que instancias de código abierto como Wikipedia son un insumo fundamental para el trabajo de la academia y los expertos; Thompson y Hanley (2018). Lejos de juzgar este fenómeno como negativo, me parece que muestra procesos reflejos de retroalimentación importantes. La noción de modernización reflexiva apunta en esa dirección: que los saberes expertos sean reapropiados, pero también influidos en diversas direcciones y niveles.

[109] Cass Sunstein sostiene que la conformidad con las normas es lo habitual en el comportamiento; ésta obedece a una heurística que auxilia a tomar decisiones, sobre todo en escenarios complejos e inciertos. Apartarse de las normas es difícil. Por esta razón, aboga por que las Constituciones, en especial la judicatura, alberguen instancias que promuevan la diversidad cognitiva: ideológica, partidaria, de género, racial.

términos de la noción de agencia que O'Donnell visualizó como un imperativo en la relación entre individuos, sistema político y Estado (2010). Tanto las libertades de signo negativo que crean una esfera de inmunidades de las personas como los derechos políticos y sociales que implican la capacidad de actuar eficazmente en el mundo constituyen una *esfera indecidible* según Ferrajoli (2001: 36), o un *coto vedado*, según Garzón Valdés (1993: 648). En ambos casos, los derechos deben disponer de instrumentos para conseguir su respeto, protección, garantía o promoción. En este sentido específico, todos los derechos poseen una dimensión pragmática como poderes; sean accionables a través de los tribunales, en la contienda partidista o frente a las burocracias. Cualquier derecho visto como un poder depende de un entorno institucional adecuado: una maquinaria con pistones, pivotes y correas de transmisión efectivos.

El derecho de acceso a la justicia o a una tutela judicial efectiva se presenta como un "derecho *llave*", porque "abre las puertas" o "gira las tuercas" para exigir todos los otros derechos (Bonilla Maldonado y Crawford, 2019; Cappelletti y Garth, 1978). Su función es sujetar a los órganos estatales para pronunciar una respuesta ante cualquier pretensión particular, sea individual o colectiva. Aunque este derecho no implica que dicha respuesta sea favorable, demanda no obstante ser públicamente justificada. El Poder Judicial y sus formas de razonamiento representan el paradigma de las instancias de acceso a la justicia; pero ellas están presentes en todos los poderes y órganos estatales dado el deber de responder justificadamente. Juzgar es un tipo específico de acción política, una forma de articular el interés general tal como se relaciona con un caso particular (Arendt, 2003). Toda solicitud obliga a una respuesta. El derecho de acceso a la justicia se relaciona con los instrumentos de reclamo *ex ante* o *ex post* de derechos de cualquier especie, y da cuerpo a la obligación general de garantía elaborada por la doctrina.

Aunque haya que volver a pensar los diseños originales de la maquinaria institucional, en esta sección me enfoco específicamente en la idea de acceso a la justicia comprendiéndola desde la participación democrática de personas y grupos que presentan exigencias a los órganos del Estado constitucional, sea a través de mecanismos judiciales, representativos o burocráticos. Como observa Häberle, se trata de un *status activus processualis* como dimensión procedimental de la libertad, un *due process* iusfundamental con resonancia participativa pública "independientemente del hecho de disponer o no de jurisdicción constitucional" (2020: 75). En la idea de Loughlin (2017a) del poder constituyente permanente inherente a estas prácticas pretendo mostrar la posibilidad de transformaciones de alcance constitucional a tra-

vés del ideal de acceso a la justicia en sedes diversas. Sin embargo, se debe señalar que este estatus ha funcionado mejor tratándose de procedimientos garantes de derechos humanos, como el amparo individual, que en otras instancias de la maquinaria institucional relativas a la configuración del poder, sea en la dimensión horizontal de la separación de órganos, o vertical, concerniente a los Estados federales o unitarios. En estos casos permanece concentrada la jurisdicción constitucional, sin accesibilidad sencilla a la ciudadanía. Habría que pensar de qué manera se pueden impulsar formas de participación y control constitucional más abiertos.[110]

Asumo que el acceso a la justicia no se circunscribe a los mecanismos estrictamente jurisdiccionales de reclamo, sino a cualquier dispositivo jurídico apto para mover la maquinaria institucional en busca de una respuesta justificada, cualquiera que sea. La sede puede ser además de judicial, parlamentaria o gubernamental, aunque por ahora quiero enfocarme en procedimientos análogos a los judiciales.[111] Asimismo, concibo el acceso a la justicia como un derecho en sí mismo, que no deriva de otro derecho sustantivo como si se tratara de una mera garantía procesal adjetiva. De esta manera, los contenidos de los reclamos no permiten *a priori* anticipar las soluciones estatales. Por ello, no vuelvo sobre la discusión de los distintos tipos de derechos humanos, aunque las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacionales e internacionales establezcan estándares de cumplimiento diferentes para cada uno. En la práctica, *de facto*, cada pretensión exige un pronunciamiento, y las fronteras entre derechos pueden siempre disputarse y volverse borrosas. Por eso no es sorprendente observar individuos apelando al reconocimiento de nuevos derechos sustantivos en calidad de consumidores, deudores, inquilinos, empleados o usuarios de la ciudad, de sus espacios, bienes y servicios; y en este sentido el acceso a la justicia ha ganado particular atención por mérito propio.[112] Sin mecanismos para su

[110] Un trabajo fundamental del acceso a la justicia constitucional en clave democrática es Roa Roa (2019). Sin embargo, mi propuesta abarca la idea de justicia cotidiana como vía de acceso al código fuente constitucional. No cabe decir que una Constitución rige las relaciones en todo el sistema si las personas no aprecian sus principios realizados en temas cercanos, o si exige a los inconformes disputar directamente la validez de una norma constitucional.

[111] "(U)n significado más amplio del término justicia incluye aquellos remedios ofrecidos por autoridades públicas competentes, que no son cortes judiciales pero pueden sin embargo desempeñar una función de resolver disputas. Este es el caso de agencias administrativas o legislativas que —sin contar con el prerrequisito formal de independencia judicial— tienen que ver de alguna forma con la administración de justicia", Francioni (2007: 68).

[112] El uso de la expresión "apelar" junto a la noción de "acceso a la justicia" resuena al punto de vista de Pereda: "Por supuesto, conviene tener claro que cuando se opera con discursos que apelan no se puede pretender tomar decisiones vinculantes: apelando no se

reivindicación, la mera posesión de derechos no tiene mucho sentido. Es más, distintos individuos pueden ensayar las mismas rutas antes bloqueadas para exigir derechos, pudiendo tener ahora éxito en sus demandas. Esto recuerda el carácter jurisgenerativo de la deliberación pública ininterrumpida —las iteraciones democráticas de Benhabib (2005)—, las esclusas de Habermas (1998) o el código-abierto de Landemore (2020). Gargarella (2021) visualiza al derecho como una conversación permanente entre iguales. Un cambio interpretativo de los tribunales, no necesariamente en su función defensiva o de control de la Constitución frente a la legislatura, sino en su regular tarea adjudicativa de aclarar, definir o especificar el significado de textos legales puede llevar a mudar el sentido constitucional y del resto del sistema jurídico; por eso los litigantes estratégicamente arriesgan interpretaciones novedosas (López Guerra, 2019). No luce democrático prejuzgar como temerarias demandas que adelanten razones públicas inéditas, incluidas algunas que parezcan inverosímiles a la doctrina y a la práctica constitucional. La acusación de conservadurismo al gremio jurídico está así justificada.[113] El derecho constitucional no se debe hacer eco de directrices provenientes de la teoría general del proceso, originariamente civilista, para imputar temeridad, mala fe o dolo a la ciudadanía como actores políticos que disputen el significado colectivo de los derechos y las normas en todos los ámbitos. En el caso del derecho de daños y de la responsabilidad empresarial, la posibilidad de contrademandar por costos de litigación y perjuicios es un incentivo negativo para los más débiles. No se justifica en el ámbito constitucional.

Sin embargo, no se puede ignorar que es difícil movilizar a las personas para que usen el sistema legal para perseguir derechos que no han sido

---

establecen nuevas relaciones legales, no se reestablecen jurisprudencias que, por alguna razón, se han perdido. Sin embargo, las apelaciones a veces ponen en marcha deliberaciones públicas que constituyen uno de los posibles antecedentes de las nuevas leyes. (A menudo la participación social pluridimensional y sus discursos de la apelación modifican las opiniones y, con suerte, hacen que, por ejemplo, lo que hasta el momento no se ha siquiera imaginado como un posible derecho a partir de cierto momento se promueva por medios masivos de comunicación y, poco a poco, se vuelva una demanda socialmente muy compartida para la promulgación de una ley). De nuevo, no hay que desatender la expresión «con suerte», pues es propio de los discursos que apelan lo incierto de su eficacia" (2009: 292).

113 En este sentido, es problemático que Roa desarrolle con tanta profusión la noción de "temeridad" como criterio de descarte en las demandas de control de constitucionalidad. Aunque lleva razón en la necesidad de filtrar pretensiones absurdas para descongestionar el sistema, quiero visibilizar que cuando se trata de situaciones constitucionales no ordinarias parecería normal enfrentar propuestas normativas radicales, impredecibles y en apariencia impertinentes. El litigio estratégico, por definición, busca generar estas sorpresas en el diálogo judicial.

efectivamente garantizados, como es el caso de los derechos económicos y sociales, o frente a los intereses difusos, como los relacionados con el medio ambiente y las generaciones futuras (Crawford, 2019). Esto refleja cierta inercia y quietismo en el significado global del sistema constitucional. Es difícil negar el talante conservador de gran parte de la actividad jurisprudencial (y del gremio profesional de los juristas) dada la propia función social del derecho: la estabilización de expectativas normativas reflejadas en los principios elementales de seguridad, certeza, orden. Por eso mi propuesta no se concentra en las pretendidas virtudes personales de los jueces, sino en los mecanismos de apertura o de cierre ante eventuales pretensiones individuales o colectivas ciudadanas. De nuevo recuerdo la ventaja de la perspectiva de las prácticas a través de Dice Lafont:

> En mi opinión, la única manera de evitar estas dificultades es adoptando un enfoque institucional de la justificación pública. Una de las virtudes de este enfoque es que no requiere que cada persona esté de hecho de acuerdo con la razonabilidad de cada ley coercitiva a la que está sujeta… Pero sí requiere que existan instituciones que permitan a cualquier ciudadano cuestionar las leyes y políticas que considere irrazonables solicitando que se ofrezcan las razones adecuadas en su apoyo (o, si esto no ocurre, que sean cambiadas), incluso si esos ciudadanos se encuentran en minoría. En otras palabras, no es suficiente que los ciudadanos puedan contar con el deber moral de civilidad. Lo que necesitan además son derechos efectivos a la contestación política y jurídica que les permitan desencadenar un proceso de justificación pública sobre la razonabilidad de cualquier política que consideren inaceptable (2021: 392).

Es importante destacar cambios profundos en el entendimiento de algunos derechos y en las disciplinas que los enmarcan, que han adquirido un explícito carácter constitucional, y han sido profundamente transformadas. Me refiero a disciplinas antes constreñidas por sus singulares desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales sin apenas referencias al texto y a la reflexión constitucionales. Es promisoria la ruta de la doctrina de la "eficacia hacia terceros" o de la "eficacia horizontal": los derechos humanos en relación no sólo con el Estado, sino con otros particulares, que siendo agentes poderosos impactan las libertades y derechos de personas.[114] Pienso también de nue-

[114] Esta es una propuesta en la que insiste Häberle (2020) para desarrollar los derechos sociales y económicos no exclusivamente respecto del Estado como derechos prestacionales, sino para subrayar su carácter relacional e institucional; asociada con la igualación en libertades de las personas. Arballo recuerda el caso *Luth-Urteil* del Tribunal Constitucional ale-

vo el caso de la constitucionalización del derecho familiar (Espejo Yaksic e Ibarra Olguín, 2020), la perspectiva de género (Gómez Fernández, 2017), y cambios en los derechos de consumidores, inquilinos o deudores, en donde se trasluce el ideal de emancipación ciudadana contra poderes que afectan la dignidad personal. A menudo se asume que el mero hecho de haber firmado un contrato mercantil obliga necesariamente a cumplir todos sus términos (Papayannis, 2016, 2022). Estas transformaciones abren rutas a la agencia a través de los circuitos estatales en varios foros; es decir, demuestran la capacidad efectiva de incidir mediante actos reiterados en el cambio constitucional, de modo que recuerda el ideal de "Nosotros El Pueblo", de todas las personas, de cualquiera. La referencia al título de Ackerman no resulta casual en este lugar. Sigo sus reflexiones acerca de no concentrar la atención exclusivamente en las minorías "discretas e insulares" para visibilizar la condición de las mayorías "anónimas y difusas", pero igualmente en situación grave de desventaja y daño (2009).

Dyzenhaus (2018) propone una especie de monismo multinivel, que constriñe a los ciudadanos a dar razones relativas a derechos, democracia y justicia social; autonomía, autogobierno y capacidades, en todas las instancias de toma de decisiones legales. Esta es la misma idea de Häberle (2002a, 2002b, 2003) acerca de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución. Dicho con algo de desenfado, considero que la interpretación conforme convencional y constitucional impulsan este imperativo práctico en la justificación pública en todos los lugares de la justicia ordinaria.

Una vez más el enfoque social práctico pone de relieve las instituciones que habilitan los procesos agenciales de formación de la opinión y la voluntad pública para que sean estructuradas de modo que los desacuerdos sean razonablemente superados, no negados mediante atajos, como podrían ser los mecanismos decisorios puramente mayoritarios-agregativos. Pero tampoco se debería interpretar la institución de la judicatura como un aislamiento o neutralización del debate político que sucede en el espacio de la opinión pública como si la justicia tuviera que usar toga para preservar buenas razones: "Por el contrario, la principal forma en que la revisión judicial contribuye a la justificación política es que *empodera a los ciudadanos a pedir al resto de la ciudadanía que se pongan sus togas*" (Lafont, 2021: 502).

Luego me referiré a algunas expresiones públicas de protesta, disidencia y resistencia, que pueden ser individuales o colectivas; de la sociedad civil organizada, de movimientos sociales, o de reuniones espontáneas y oca-

---

mán en 1958 como fuente importante de la doctrina de la *drittwirkung*, de la aplicación directa o efecto horizontal de las normas constitucionales incluso en el derecho privado (2020: 15)

sionales. Quiero relacionar estas expresiones con ciertas reacciones institucionales para tratar de visibilizarlas como déficits o defectos del sistema de acceso a la justicia, observando la maquinaria constitucional y sus fallos.[115] El problema, por ejemplo, es muy evidente tratándose de los derechos de las personas migrantes en situación irregular, los "sin papeles". En otros casos, mujeres, personas y grupos desaventajados, como los pueblos indígenas o tribales, las minorías religiosas o étnicas, los obstáculos no suelen ser formales, sino materiales, y afectados por infinitas variables económicas, sociales o culturales. Vuelvo a señalarlo, en México, la Suprema Corte ha generado guías de actuación para sus jueces cuando atienden situaciones en la que participan este tipo de grupos (Arena, 2022).[116] La mayor parte de estos casos pueden calificar como injusticias epistémicas; se trata de sesgos y cegueras cognitivas que impiden percibir los daños, sea por ausencia de recursos hermenéuticos adecuados o por denegar credibilidad a los testimonios de las presuntas víctimas de tales daños (Fricker, 2017).[117]

El problema es que la mayoría de las veces estos asuntos no llegan a las cortes ni a otras instancias de acceso a la justicia. Cuando lo hacen, es porque otros órganos los han visibilizado, pero mediante sus propias pautas en lenguajes distantes a la lógica constitucional, sin que se aprecie lo que todo esto tenga que ver con la autonomía y el autogobierno personal, como si fueran asuntos técnicos de carácter económico o de seguridad aptos solamente para expertos. Se descubren como otra vuelta de tuerca a la idea de razón de Estado (Fernández, 1997), o sea, como temas arcanos, sagrados e indiscutibles. Sería como cuando la gente se moviliza en la calle mediante formas expresivas que los poderes públicos *a priori* estiman impertinentes y, en el extremo, antijurídicas (ilegales o aun delictivas).

De manera general, como observan Cappelletti y Garth (1978), el acceso a la justicia como un derecho presenta un patrón de barreras u obstáculos

---

115 Al respecto, dice Przeworski: "Sin recurso a la justicia, muchos conflictos asumen la forma de protestas colectivas espontáneas, como en China. Pero cuando los individuos cuentan con la posibilidad de dirigir reclamos a los tribunales, los conflictos entre ellos y el Estado quedan descentralizaos: en la Argentina, por ejemplo, los ciudadanos demandan al Estado en los tribunales por no brindar servicios garantizados por la Constitución. Los tribunales son un canal que les permite a los demandantes procesar los conflictos sin recurrir a organizaciones colectivas" (2022: 196).

116 En particular, existen protocolos para mujeres, diversidad sexual, personas indígenas, afrodescendientes, infancia y adolescentes, personas con discapacidad, migrantes. Éstos se pueden consultar en *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion* (último acceso 9 de julio de 2022)

117 Landemore critica los regímenes cerrados porque son ciegos a un rango amplio de perspectivas útiles, heurísticas y hermenéuticas (2020).

relativos a demandas pequeñas y de individuos aislados, especialmente los pobres, lo que se agrava si tienen que litigar contra grandes y poderosas organizaciones. Muchos de los nuevos derechos sustantivos en escena son de esta especie: ciudadanía contra gobiernos; consumidores contra mercados; individuos contra industrias contaminantes; inquilinos contra propietarios; empleados contra empleadores, etcétera. Aun asumiendo que haya voluntad política para garantizar estos derechos, y que éstos sean *de facto* efectivamente vinculantes, la cuestión de fondo es cómo se pueda esto lograr. Las normas sobre personalidad e interés jurídico, las reglas procesales y los roles de los jueces no fueron diseñados para facilitar la ejecución privada de derechos relativos a intereses difusos, lo que exige un tránsito del derecho procesal civil al derecho público. Hay que tener presente la fragmentación de estos derechos, que implica enormes dificultades prácticas de inteligencia, coordinación, agregación y agencia colectiva.[118] Todo esto se aprecia en la experiencia reiterada de las acciones de clase (*class actions*), en los litigios estratégicos y estructurales de interés público (*public interest actions*), y debe tenerse presente más de cerca en las habituales discusiones y en la crítica pública desde los derechos humanos. A menudo éstas quedan limitadas a las cuestión de qué tan progresista o conservador es un tribunal, como si los problemas se redujeran a aspectos interpretativos, de talante o mala voluntad, y no a diseños institucionales altamente refractarios. En relación con esto, vale la pena tener presente el trabajo de Roa (2019), quien se concentra en el diseño de los mecanismos de acceso a la justicia constitucional. Teniendo como base el modelo colombiano, el autor citado desarrolla la conexión entre democracia y Constitución destacando la legitimación activa de toda la ciudadanía para disputar la constitucionalidad de las normas —la corte como iniciadora o detonadora de la conversación democrática—. Se aleja por tanto del corriente enfoque sobre la objeción democrática basado en la autoría de normas.

Sin embargo, mi propuesta difiere, y pretende mayor alcance que la de Roa, cuyo interés es el control judicial de los actos legislativos, y, sólo incidentalmente, la cuestión de la tutela de derechos humanos. Roa desarrolla una noción de "pureza" relativa a las funciones idóneas de dichos tribunales, aunque la interpreta con flexibilidad y buen sentido práctico. Mi

[118] Sunstein (2019, 2020) explora la dinámica de conformidad y desafío de normas más allá de las instituciones formales; por ejemplo, movimientos sociales, protestas. Pero sabe que sus resultados son inciertos, fortuitos y contingentes. De modo que aunque pueda parecer que el acceso a la justicia es difícil para las personas pobres y excluidas por sus tecnicismos, hay que considerar también las capacidades que se requieren para movilizar cambios en las normas que antes no eran problematizadas.

punto de vista defiende que si la Constitución irradia al sistema jurídico global, se debe poder reconocer su influencia en todas las sedes del poder estatal. Esto implica capacidad de reconstruir todas las cadenas de imputación normativa desde los principios y valores constituyentes hasta los lugares más íntimos donde se ejercitan las libertades y se juega la igualdad de las personas. De otro modo, el constitucionalismo continuará siendo un asunto de juristas y actores políticos influyentes, aunque en apariencia la judicatura se abra a la ciudadanía. Es difícil tratar estos temas sólo desde el casuismo de los casos de éxito ejemplares, ya que tienen un sesgo de selección positiva para las elites sociales empoderadas, pero también otro sesgo de selección adversa menos visible contra personas a quienes todos los días se deniega la justicia cotidiana. Dicho con cierto aire de sospechosismo, no deja de ser curioso que se proclame que los tribunales son la sede primordial de la participación y la apertura a la deliberación ciudadana, pero al mismo tiempo ésta se circunscriba a limitados procedimientos de control judicial en las más altas y centralizadas instancias. Se declara ser democrático para hablar *en nombre* del pueblo en momentos estelares, en situaciones de fiesta y gala democráticas, pero no para *conversar con él* todos los días a pie de calle. Me parece que poco puede servir una legitimación procesal activa universal demasiado formalizada en condiciones sociales donde priman la desigualdad, la pobreza, la precariedad y la exclusión. En respuesta a este enfoque, Roa declara:

> También se ha defendido que el modelo concreto y difuso de control de constitucionalidad tiene mayores ventajas deliberativas que un modelo de control de la constitucionalidad de carácter abstracto y concentrado. Se suele decir que el primero tiene a su favor el hecho de que los casos llegan al tribunal supremo cuando han transcurrido todas las instancias previas y se han escuchado las voces de las partes y de los jueces de inferior jerarquía. Adicionalmente, el control de constitucionalidad en el marco de un caso concreto ofrece un conjunto de elementos de juicio que contribuyen a enriquecer la deliberación del tribunal. Sin embargo, esta posición favorable a los modelos concretos y difusos no solo es débil, sino que no es determinante para evaluar las potencialidades deliberativas de un tribunal... Tanto la defensa deliberativa del sistema difuso como la defensa deliberativa de los modelos débiles se diferencian de las tesis sobre el control de constitucionalidad como escenario de representación porque estas se despreocupan totalmente del diseño institucional (2019: 254).

Considero que este enfoque no es del todo correcto. Los controles concretos y difusos como modelo adoptan sus formas institucionales sin-

gulares, distintas del modelo propugnado por Roa. Éste lleva razón quizá en que sus pautas y métodos son más inciertos, en términos de su predictibilidad, ya que multiplican exponencialmente los nodos de la red deliberativa, así como los canales de acceso a la justicia. Sin embargo, sospecho que la ansiedad que esto genera al gremio de los juristas nace de la incomprensión de las virtudes de la participación y la deliberación democráticas, algo que recuerda Lafont: se prefieren atajos epistocráticos,[119] o juristocráticos —como acusará Hirschl (2004) o Häberle (2003)—.[120] En síntesis, lo que pretendo subrayar es que las potencialidades deliberativas de un tribunal no están en el diseño o en la experticia de los jueces, sino sobre todo en el pluralismo cognitivo que la mayor participación genera (Sunstein, 2001). Dicho esto, la evaluación de tales potencialidades en ambos modelos, como magnitudes, sólo se puede solventar mediante juicios empíricos casuísticos, pero no en el foro de principios, argumentativo o socrático, que se dice defender. De ahí el énfasis en el carácter reflexivo con el que deben apreciarse las cuestiones de diseño institucional explicitando siempre los valores y principios que se aspira realizar. El texto de Roa es fundamental para el caso de Colombia y en derecho comparado, en línea con la recomendación de Hirschl (2019) para ampliar las perspectivas: reflexividad como autoconfrontación. Pero lo "difuso" del control difuso —si se permite la expresión— no es un vicio, sino la virtud principal que este modelo alternativo pretende. Nadie dice que el rigor argumentativo deba relajarse, como se puede apreciar en la afinación de las técnicas hermenéuticas útiles al control difuso: la interpretación conforme constitucional o convencional, los principios sustantivos, como el bloque de derechos o el *pro persona*, o institucionales, como el *stare decisis*. Parece del lado de los defensores de procedimientos concentrados como si la alta jerarquía institucional llevara en automático a una deliberación de alto nivel filosófico, posición que sólo un constitucionalista con prejuicios formalistas y positivistas,[121] aunque no legalistas, estaría dispuesto a adop-

[119] "En las concepciones epistocráticas de la democracia, se espera que los ciudadanos defieran ciegamente a los expertos para poder resolver el (supuestamente) insuperable problema de la ignorancia de los ciudadanos (gobierno de los conocedores)", Lafont (2021: 349 y 350).

[120] Häberle promueve una "sociedad abierta de intérpretes de la Constitución": en el constitucionalismo liberal *cualquier* persona es un intérprete democráticamente legitimado: "El pueblo como *magnitud constituida* actúa «hacia todos lados», de manera universal, en múltiples planos, a partir de numerosos motivos y en muchas formas, incluso a través de la realización cotidiana de los derechos fundamentales" (2003: 159).

[121] Empleo la expresión "positivista" en este caso para significar el carácter autoritativo derivado de los órganos o los procedimientos institucionales que determinan la validez jurídica, antes que su carácter deliberativo.

tar. Quien piensa el orden constitucional global de manera holista debe asumir que cada juez como punto de acceso al sistema es responsable-garante de los derechos y del régimen democrático. Su responsabilidad pública no decrece o se magnifica según el salario que devengan. Las jerarquías o instancias escalonadas de la centralización del Poder Judicial funcionan como medios de supervisión técnicos de que la adjudicación judicial corre por los canales normales que la doctrina y la jurisprudencia han pavimentado. Pero la concentración de la jurisdicción constitucional es una elección política que debe confrontarse en la esfera pública contra sus propias potencialidades y rendimientos en términos de autonomía y autogobierno, lo que se evaluará empíricamente. En cuestiones constituyentes, más allá de que sea una instancia jurisdiccional la que resuelva, el acento normativo no está en la jerarquía del órgano o de los procedimientos, sino en los dos poderes que Dahl (1989) atribuye a la democracia: participación y oposición. En términos de Lafont, Pettit o Rosanvallon, multicitados, se trata de la capacidad de juzgar y contestar, de la contrademocracia desde abajo y de cualquier frente. Según Greppi, la prioridad del juicio lleva a una consideración ampliada del momento democrático de la publicidad: "Solo cuando hay capacidad de juicio hay representación" (2022: 96).

Debido a que la perspectiva centrada en los tribunales es bastante limitada para algunos derechos, se puede además pensar en distintos tipos de agencias regulatorias, como de las telecomunicaciones, las energías limpias y renovables, las de consumidores y deudores, las monetarias, etcétera; pero no son pocos los casos en que tales entes resultan comprometidos o cooptados por los mismos intereses organizados y poderosos que debían domesticar. Los distintos *Ombudsperson* (en México la Comisión Nacional de los Derechos Humanos) responden mejor a los intereses de la sociedad civil organizada que a otros provenientes de movimientos sociales y a "nuevos" derechos basados en intereses difusos. Mediante un ejercicio de ingeniería constitucional, Ackerman piensa los derechos políticos más allá del derecho de votar y ser votado visibilizando todo tipo de arreglos institucionales como financiamiento público de partidos y campañas, un mapa equitativo de circunscripciones electorales y un régimen de representación mayoritario o proporcional que sea incluyente y pluralista para no desfigurar el peso relativo de cada elector. Asimismo, en los derechos sociales y económicos propone administraciones públicas eficientes en el empleo de recursos públicos de manera racional y equitativa. Sugiere otros dos poderes explícitamente constitucionales al lado de los tres más conocidos: uno relacionado con el poder electoral, y otro con la integridad y rendición de cuentas de la admi-

nistración para satisfacer los fines públicos con vocación explícita a la justicia social (2011: pos. 208, 2019). Siempre es posible imaginar nuevos arreglos, lo que Sartori (2011) recuerda de manera aguda conminado a no perder de vista la lógica y los códigos internos de cada institución.

De todos modos, es conveniente prevenir que muchos de estos nuevos poderes pretenden legitimidad por su competencia, pero carecen de legitimación representativa (Greppi, 2022: 142-143). Sunstein (2001) previene acerca de esto al hablar del "canon de no delegación" como inherente al proyecto constitucional de vincular los derechos con el diseño de las instituciones, enfrente de la crítica aguda de Vermeule (2018), de que, el derecho en realidad abdica ante el Estado administrativo, que defiere a sus agencias. Las formas de *accountability* o *responsiveness* que se desarrollan en los estudios de la calidad democrática (O'Donnell, 2007, 2010; Morlino, 2005, 2014; Sahuí, 2018) proponiendo organismos expertos intermedios quizá mejoran la calidad técnica de las decisiones, pero tienden a angostar la esfera de opinión pública informal, a desconectarse de ella. Lo que se tiene que precisar es cómo se inserta en dichos órganos la participación ciudadana, como son retroalimentados mediante intervenciones ruidosas o irritantes. En este sentido, son de gran interés propuestas como la de García Jaramillo (2015), de revisar desde los mecanismos de acceso a la justicia la fluidez de los canales de representación política en congresos, mediante lo que llama "inconstitucionalidad por *elusión deliberativa*".[122] Mediante los presupuestos de la democracia deliberativa, la justicia constitucional supervisaría, no la sustancia de las discusiones, sino el respeto de condiciones de publicidad, inclusión, igualdad. La idea es inducir a las instancias de la representación política a dejarse influir por voces minoritarias. Pero no sólo eso, sino a una mayor visibilización de los intereses que se expresan en el seno de las comisiones legislativas, no sólo de los resultados de sus acuerdos o del orden del día de las sesiones, ya que precisamente lo que las comisiones tratan es la ponderación y equilibrio (*clearing*) de intereses particulares que apuntan a ser racionalizados y convertidos en leyes públicas (Häberle, 2002: 144 y 145).

Lo que pretendo es señalar ciertos cortocircuitos o bloqueos en los engranes institucionales. Algunas acciones quizá inicien en un órgano o procedimiento jurídico regular, pero los "fuerzan" y "tuercen" a tal extremo que no se pueden más reconocer como parte de la misma máquina; o sea,

[122] En este punto hay que tener ciertas precauciones: la racionalidad en la deliberación legislativa es distinta de la judicial; en ella intervienen lógicas instrumentales, estratégicas, teleológicas. Cárdenas Gracia (2021).

se pueden leer como transformaciones constitucionales aunque no sean textuales. Varios puntos ciegos han sido desvelados por movimientos como "Black Lives Matter" y "Me Too" a pesar de las instituciones de la democracia representativa, no gracias a ellas. Al respecto, desde la filosofía social, dice Luhmann sobre la dignidad:

> Aquí —como siempre— la dogmática jurídica debe enlazarse a problemas metajurídicos faltos de regulación, y esta problemática no la encuentra en la naturaleza substancial de los valores fundamentales, sino en la vida social. El problema de la dignidad, sin embargo, es la dificultad de una presentación consistente y convincente, y la responsabilidad propia del ser humano para solucionar esta tarea. El propio ser humano debe poder decidir acerca de presentaciones atribuibles a él mismo, porque sólo él puede determinar lo que él es. En esto la Constitución le garantiza protección frente al Estado (2010: 166).

Visibilizar estas experiencias significa adoptar un punto de vista reflexivo sobre las Constituciones. No se intenta ofrecer una concepción sistemática y coherente capaz de reunirlas todas bajo un diseño constitucional o dentro de una doctrina específica liberal, republicana o socialista. Como se dijo, no hay razón para suponer que las personas compartan las mismas ideas constitucionales. Por tanto, mi propósito es destacar el componente agencial o de participación democrática que se deja de lado por algunos teóricos constitucionalistas que hacen prevalecer reglas y procedimientos resguardados por los jueces por encima de la dinámica y la funcionalidad de la Constitución como medio de expresión del autogobierno colectivo. Comparto el enfoque de Lafont: "Es necesario adoptar tanto un modelo *holístico* como una perspectiva *diacrónica* para interpretar la deliberación política como un conjunto de procesos de formación de la opinión y la voluntad que tienen lugar a lo largo del tiempo y no son unidireccionales. Por el contrario, deben generar un *bucle de retroalimentación* entre una multiplicidad de espacios y actores" (2021: 366). Sólo si la gente se percata de la existencia de prácticas que satisfacen estas expectativas de forma razonable (que no es un "pacto suicida"), sus participantes estarán dispuestos a respaldarlas reflexivamente (Garzón Valdés, 1994).

Reflexionar sobre las prácticas constitucionales no consiste en caracterizar el sistema de acceso a la justicia como un sistema completo, cerrado y coherente de relaciones axiomáticas y lógicamente necesarias, sino mirar los usos continuamente practicados, mantenidos y cultivados por las personas. No es tanto "el espacio geométrico de un mapa como representación de todos los caminos posibles para todos los sujetos posibles… [sino]… la

red de caminos realmente mantenidos, frecuentados, franqueados, y por ende realmente practicables para un agente en particular" (Bourdieu, 2007: 58). Dentro de este marco, no todas las relaciones teóricas susceptibles de ser formalizadas serían relaciones judicializables en forma directa. En lenguaje jurídico esto quiere decir que el acceso a la justicia debe acompañarse de desarrollos en el sistema global del Estado constitucional, muchos en el orden de la planificación administrativa y otro de las interpretaciones dogmáticas, sin los cuales la protección jurídica llega demasiado tarde: "¡la tutela judicial no es la medida de todas las cosas!" (Häberle, 2020: 197).

Para aterrizar la idea de O'Donnell de pensar la agencia en relación con el régimen político (la democracia) y el Estado (sus órganos y su burocracia), el acceso a la justicia puede servir siempre que sea bien concebido, y por eso conviene desatarlo materialmente de los reclamos que se pretendan enarbolar. Recuérdese que la cuestión de la agencia ha sido nuclear en este trayecto, interpretándola en la lógica de la autonomía y el autogobierno que están a la base del constitucionalismo, en especial, del tipo de constitucionalismo reflexivo que proponemos. Con el enfoque de las prácticas sociales no se expropia nunca a las personas la capacidad de influir en los procesos de hechura de las decisiones políticas, así como de su contestación y oposición efectiva.

Con el derecho de acceso a la justicia, en caso de que nuevas circunstancias mostraran la legitimidad de un reclamo de interés público amplio y profundo, pero que antes no hubiera sido regulado a partir del texto, de la doctrina o de la jurisprudencia constitucionales, cabría preguntar si no se asiste a un cambio constitucional informal, como ha ocurrido verbigracia en derecho familiar;[123] mediante ciertos casos paradigmáticos, opinión pública, derecho comparado o doctrina. Esto implica un ajuste significativo en la práctica jurídica habitual y en cómo sus actores principales la interpretan en la mayoría de casos. Se observaría el efecto de irradiación de las normas relativas a los derechos humanos y la democracia que se cruzan y solapan con la vida familiar y la esfera de los cuidados. He mencionado varias veces este ejemplo porque toca un tipo de derechos y un ámbito usual-

[123] Como dice Malem: "Un juez cuya competencia verse sobre el derecho de familia, por ejemplo, ha de conocer cual es la «realidad de la familia» que impera en la sociedad en la que opera, ha de conocer si hay estructuras familiares monoparentales y cuáles son los inconvenientes que esto plantea, si es que plantea alguno, para los niños adoptados, ha de conocer cuál es la implantación de los matrimonios de personas del mismo sexo o de parejas de hecho, la posibilidad de compatibilizar cargas familiares y horarias, etc. Ha de conocer asimismo cuál ha sido la evolución de la familia en los últimos tiempos, y las consecuencias que esto implica para saber cómo se comportan los diferentes modelos familiares en una sociedad multicultural. Sin una adecuada comprensión de esta «parcela de la realidad» difícilmente pueda un juez de familia realizar una tarea técnicamente correcta" (2009: 113 y 114).

mente pensado como privado,[124] y en este sentido como un espacio ajeno a la discusión constitucional pública,[125] donde se asume cada vez más su fundamentalidad.[126] Espejo Yaksic e Ibarra Olguín asocian estos cambios con dimensiones básicas de la autonomía. En términos amplios, con procesos de individualización y agencia; con el estatus legal de las mujeres, su emancipación y con las identidades de género, así como con el reconocimiento de la subjetividad legal de la infancia y sus derechos (interés superior y autonomía progresiva de la niñez) (2020: 10; Álvarez Medina, 2015, 2021).

Mencioné líneas arriba el efecto de irradiación de normas y principios constitucionales hacia todo el sistema jurídico, considerando principalmente el enfoque de derechos. En el ámbito latinoamericano, el reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llevado a extender como idea programática del constitucionalismo regional el control difuso de las normas estatales. Se ha venido asentando en los países del continente la doctrina y la jurisprudencia de este tribunal en el sentido de que todos los jueces —¿o quizá todas las autoridades?— en el ámbito de sus competencias, deben ejercer este tipo de control con independencia de sus sistemas procesales constitucionales particulares.[127] Se trata de garantizar la influencia efectiva del bloque de derechos humanos sobre todo el orden

---

124 Señala Lomnitz: "la familia suele ser imaginada como si fuera una institución que precede al Estado, y por eso los gobiernos la usan ampliamente para figurar la relación entre Estado y Pueblo. Sin embargo, la forma en que se define, por ejemplo, el abandono del hogar, la violencia doméstica, el estupro o el incesto tiene efectos reales en la política familiar, como lo tienen también las leyes de la herencia, propiedad y divorcio" (2022: 124).

125 Dice Luhmann: "la naturaleza misma de la familia, por ejemplo, la actual pregunta por la igualdad de rango de hombre y mujer, no es problema genuino alguno respecto a los derechos fundamentales —de la misma manera que no lo son las preguntas correspondientes a su situación económica…—. Tampoco es correcto ver que estos dilemas tengan que enlosarse elevándolos a categoría constitucional. Más bien este entendimiento de la función de los derechos fundamentales tiene el peligro de caer en la politización de la familia". Creo que el problema de Luhman es adherirse a una imagen idílica de la institución: "La familia es un pequeño sistema relativamente autónomo sobre la base de profesar cariño íntimo y personal" (2010: 202 y 203). Es la misma crítica que el feminismo hizo a Rawls, por dejar fuera de la estructura básica a la familia (Okin: 1989).

126 Esto no significa que todo sea político ni que la política sea lo más importante. Sin embargo, como manifiesta Bellamy: "sabemos que, por desgracia, incluso los padres son capaces de abuso, que los matrimonios pueden degradarse y los divorcios resultar muy desagradables… En circunstancias así necesitamos un marco político que regule las conductas, que envíe trabajadores sociales a los hogares a ver a los niños, que establezca la división justa de los bienes en un divorcio, etc. De hecho, sin instituciones ni regulaciones políticas, muchas otras relaciones privadas, como el matrimonio, sencillamente no existirían" (2010: 169).

127 La doctrina del "control difuso de convencionalidad" surge en 2006 en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Ferrer Mac-Gregor (2011a).

jurídico estatal; pero, además, de apuntalar la democracia con el ideal de la agencia participativa y la capacidad real de las personas a través del acceso a la justicia.[128] De manera principal, mediante el criterio de la interpretación conforme a documentos y estándares de tribunales internacionales se transforma el constitucionalismo latinoamericano sin tocar necesariamente sus textos fundamentales y la legislación ordinaria (Bogdandy, Fix-Fierro y Antoniazzi, 2014; Bogdandy, 2020b). Se trata de un proceso que ocurre reflexivamente en doble vía, porque también se puede decir que el derecho internacional se constitucionalizó, no a la inversa (Ferrer MacGregor, 2011b, 2019). Fue el derecho internacional el que tardíamente reconoció el estatus de las personas y grupos como sujetos públicos merecedores de respeto. Donde antes las relaciones eran exclusivamente entre Estados, aparecen ahora individuos y colectivos apuntándose a un constitucionalismo global, como indica Peters: "El proceso continuo de humanizar la soberanía es la piedra angular de la transformación actual del derecho internacional en un sistema centrado en los individuos" (Peters, 2018: 6). En todo caso, conviene no perder de vista que en el ir y venir entre sistemas constitucionales particulares, derecho comparado y sistema regional de derechos surge una tensión ineludible relacionada con la participación: la cuestión de la legitimidad democrática (Bogdandy y Venzke, 2016). Otra vez se mantienen las señales de alerta y se recuerda la necesidad de un diálogo horizontal entre tribunales nacionales e internacionales.

De igual forma, se deben tener presentes los problemas que la desigualdad y la exclusión en la región implican para el sistema interamericano de derechos humanos en términos de acceso a la justicia.[129] Acudir a éste es oneroso, principalmente a quienes más urgencia de protección tienen. No obstante, de acuerdo con lo mencionado, la influencia cada vez mayor de este

[128] Morales Sánchez señala que en México los requisitos para ejercitar este control ante el Poder Judicial Federal se han complejizado. En vez de que los jueces cumplan con su obligación de conocer el derecho, se traslada a la ciudadanía la carga del análisis. Esto constituye un obstáculo para el acceso a la justicia en un país con grave pobreza y exclusión. Refiere jurisprudencia que exige el cumplimiento al justiciable de una carga básica o test de argumentación mínima para aplicar el principio pro persona (2021: 156 y 157).

[129] Observa O'Donnell sobre el contexto de América Latina: "hoy en día las reformas legal y judicial (y el financiamiento internacional y doméstico para sostenerlas) están fuertemente orientadas hacia los intereses de los sectores dominantes (básicamente, derecho comercial nacional e internacional, algunos aspectos de derecho civil y los aspectos más represivos del derecho penal). Esto puede ser útil para fomentar la inversión, pero tiende a producir un «desarrollo dualista del sistema de justicia»… En sociedades que son profundamente desiguales, estas tendencias bien pueden reforzar la exclusión de muchos del imperio de la ley, y a la vez exagerar aún más las ventajas de los privilegiados por medio de leyes y tribunales reformados en su directo interés" (2002: 308).

sistema en la región no se limita a los casos que se litigan ante la Corte, dado que al interior de los poderes judiciales nacionales, por medio del control difuso de convencionalidad, del bloque de derechos humanos, las personas han sido acercadas a los derechos y a sus estándares interpretativos cualquiera que sea la materia de sus asuntos. Reconocer este movimiento gradual no conlleva echar las campanas al vuelo, pero indica algunas de las rutas que se pueden transitar en los procesos de lucha por la emancipación personal. Al lado de los tribunales habrá otras formas de resistencia y reclamo.[130]

III. Participación democrática y criminalización de la disidencia

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es, como muchas otras, resultado de un movimiento social en contra de un régimen autoritario. Sus normas, principios y valores expresan los reclamos del pueblo soberano en un texto al que se atribuye carácter fundacional. Interpretado como un acuerdo público incluyente con una legitimidad extendida, en hipótesis, la Constitución inauguró un orden más justo. El hecho de que sea un documento perfectible, pese a su rigidez declarada, se desprende de la disposición de cláusulas supermayoritarias de reforma en la figura del constituyente permanente. La soberanía es inalienable del pueblo, igual que los derechos; o, por decirlo con Ferrajoli, la soberanía se comprende ahora solamente a través de los derechos como fragmentos del poder público que no está en manos de todos, sino de cualquiera (2018:15). Es la misma idea de Häberle: "El derecho del pueblo, típico del Estado constitucional, a ser único sujeto o «titular» del poder constituyente, no hace incorrecta la idea de que el pueblo es una magnitud pluralista" (2003:133).

Producto de su tiempo y circunstancias la Constitución mexicana hubo de dejar fuera causas justas que no habían sido problematizadas, como los derechos de las mujeres o de las personas indígenas; por lo que siempre es básico elucidar quiénes cuentan.[131] De igual manera, cabe sospechar que

[130] Una crítica al proyecto del "constitucionalismo transformador" de Bogdandy es que, a pesar de que presenta un magnífico diagnóstico de los problemas de la región —y al mundo global en general— su apuesta programática se circunscribe a los tribunales, como principales agentes del cambio. El constitucionalismo reflexivo comparte el diagnóstico y aprecia toda propuesta que sirva al propósito de subvertir las condiciones de injusticia, pero trata de abrir más que angostar la mirada.

[131] Goodin (2008) llama a esta cuestión "el problema de la Constitución del *demos*", expresión que prefiere a otras como "el problema de la *frontera*" o "el problema de la *inclusión*", ya que en estas dos últimas se implica la previa existencia de un grupo tomador de decisiones

fue producto de un sinnúmero de compromisos entre colectivos y elites, y por eso no se debe entender en estado de pureza en sus motivos e ideologías. Esto mismo se puede decir de cualquier Constitución histórica (Gargarella, 2014).

En su devenir, el texto constitucional ha tenido muchas reformas, algunas con un significado profundo, pero tantas otras que en su importancia lucen menores. A buen seguro, disponerlas dentro del texto es resabio del formalismo y de la solemnidad que suelen atribuirse al legado hispánico en el derecho colonial: recuérdese la expresión "obedézcase, pero no se cumpla". La lógica que subyace a nuestra técnica constitucional sugiere que si una disposición no se sitúa en la cúspide de la pirámide normativa no debe tomársela en serio. Por esta razón, cada presidente en México convierte sus planes de gobierno y sus políticas públicas en normas constitucionales, con independencia de su trascendencia pública y de las probabilidades de su eficacia. Debido al claro ascendiente de la rama ejecutiva de gobierno sobre el resto de los poderes públicos, la voluntad presidencial transmuta en texto constitucional (Carpizo, 1994). Además, bajo un régimen de partido hegemónico con capacidad de cooptación de los sectores y movimientos sociales, sean de tipo popular, obrero, campesino, entre otros, se disminuyó la capacidad organizativa de la sociedad civil y la agencia colectiva. Sin insumos participativos, el sistema político mexicano se endureció y se volvió más autoritario. Pese a disponer prácticamente del mismo catálogo de derechos humanos que existen hasta hoy, la sala de máquinas constitucional se mantuvo trabada. Como se dijo, las reformas que se llevaban a cabo eran expresión de la voluntad del gobernante en turno.

Se puede consentir en la idea de que la transición a la democracia en México, que se acredita con la alternancia en la presidencia en el año 2000 y la salida del Partido Revolucionario Institucional, haya iniciado con el movimiento estudiantil de 1968. Recuérdese que este acápite refiere como problema constitucional la reacción violenta contra los movimientos de protesta social, disidentes y opositores al gobierno y al régimen político. En específico, se pretende mostrar algunos momentos en los que la crítica se torna radical y el Estado no consigue procesarla de manera pacífica mediante las instancias regulares de acceso a la justicia. Si las personas y colectivos consideran que las respuestas legales no satisfacen sus demandas, entonces

---

que ignora la cuestión primordial de cómo se constituyó aquel grupo en primer lugar. A lo largo del trabajo se emplea la noción de inclusión tratando de dar a entender la Constitución en un sentido diacrónico y no sincrónico, analítico o conceptual. Hablar de inclusión tiene una importante funcionalidad heurística y práctica: señalar quiénes han quedado de hecho fuera; quiénes *no cuentan*.

buscarán desafiarlas en forma abierta de cara a sus conciudadanos. No se trata de delitos que son interpretables como patologías o conductas típicas antisociales, aunque así sean tratadas por los poderes políticos, sociales, económicos, religiosos. Debido al solapamiento de intereses entre el régimen y las elites oligárquicas, los gobiernos auxilian a mantener los estados de cosas favorables a los arreglos hegemónicos, aun de manera velada.

Una parte de la liberalización del régimen político mexicano que sucedió a este movimiento tiene una expresión constitucional en la aprobación de la representación proporcional en el Congreso en 1977 como reconocimiento del pluralismo político. Si se presta atención, antes que una ampliación en el espectro de los derechos humanos, en la sección constitucional dogmática, el cambio se refiere a la dimensión orgánica, a la sala de máquinas. La admisión de partidos de oposición en la sede legislativa favoreció el autogobierno colectivo, impulsando mayores escenarios de deliberación y negociación. Sin embargo, no se puede dejar de observar que muchos movimientos urbanos o rurales a los que se podría definir bajo el paraguas de la izquierda fueron criminalizados, perseguidos o desaparecidos, en lo que se ha dado en llamar la "guerra sucia".

Destacar esta brecha entre los cambios en el plano institucional formal y el plano social es importante. Avritzer cree que los derechos deben ser considerados el componente moral de la acción pública en las transiciones a la democracia. En contra de una concepción de transición política como conflicto entre elites, o entre éstas y las "masas", propone "una concepción que vincula la emergencia de la democracia política a la formación de un espacio público en el que los ciudadanos pueden participar como iguales" (2002: 5). Por eso analiza las democratizaciones con base en las prácticas en el espacio público, en el tipo de deliberaciones y comunicaciones cara a cara entre la ciudadanía.

De modo que hablar de una liberalización del sistema político apoyados en el cambio constitucional por sí solo suene excesivo. Téngase presente que la reacción estatal inmediata contra los estudiantes movilizados fue violenta y desproporcionada. Y, por otro lado, hasta el presente no se ha realizado un ejercicio serio de averiguación de la verdad; menos de deslinde y atribución de responsabilidades. Los actos de represión no fueron asumidos por el gobierno; el asunto no siguió los cauces normales del derecho penal y de la justicia criminal. Sin embargo, en el plano tanto nacional como internacional, para la mayor parte de la sociedad mexicana fue el Estado mediante el monopolio de la fuerza el ente ejecutor de la violencia, afectando gravemente su legitimidad.

En virtud de ello, tras la represión del movimiento estudiantil el Estado intentó limpiar su imagen a través de transformaciones de alcance constitucional, específicamente en el ámbito de la multicitada sala de máquinas. Se abrió el escenario de la representación partidaria, a pesar de que no haya habido una mayor apertura de la participación cívica y popular, que continuó corriendo a través de los canales habituales bajo un régimen de partido hegemónico sin recursos de democracia directa o participativa, menos de control y rendición de cuentas. Pero a pesar de la profundidad e impacto de la reforma en el mediano y largo plazo ésta no fue interpretada como de naturaleza transicional, como reingeniería del sistema de máquinas resultado de los movimientos de protesta de 1968, sino discretamente como cualquier otro ajuste de tuercas. De esta forma, se trató de disociarla de esa fractura crítica a la legitimidad del orden constitucional que representó la represión estudiantil (Cossío, 2020).

Si se habla de la dimensión reflexiva de las Constituciones, lo que más importa es tomar conciencia de la trascendencia y el significado del cambio, visibilizar y discutir acerca de las razones y los motivos subyacentes. Recuérdese que en el enfoque social de las prácticas los participantes en las instituciones formales o informales deben comprender el sentido de las normas que realizan. Desde la perspectiva interna de los actores, la asunción y atribución de responsabilidades depende de ello. Esto no implica que siempre posean un mapa completo de la institucionalidad o de sus capacidades. Sólo en forma retrospectiva la reforma política de la representación proporcional se interpretó como un parteaguas del proceso transicional mexicano hacia su democratización.

Este punto merece especial atención. Todavía en 2014 agentes del Estado mexicano participaron en la detención y desaparición de 43 estudiantes en el poblado de Ayotzinapa, justamente en lo que debía ser una movilización en conmemoración del 2 de octubre de 1968, o sea, de la masacre de Tlatelolco. En ambos casos el Estado trató de deslindarse de la actuación de sus agentes, aunque en forma paralela intentó desprestigiar la causa de la protesta, lo que significó que la violencia ejercida no fue asumida otra vez como propia ni como legítima, sino como un error que no debía ser imputado al Estado como tal, sino a determinados agentes del orden fuera de control (Aguayo, 2015).[132]

[132] En este punto es enfático Lomnitz: "En México todos los desaparecidos pueden ser vistos como víctimas de desaparición forzada, y por eso el lema «Fue el Estado» ha resonado de manera tan profunda… La codificación de los derechos humanos ha aumentado la presión política sobre el Estado, y ha transformado, de paso, la idea misma de desaparición, que no es ya culpa únicamente de criminales, sino del gobierno que los consiente" (2022: 122).

Esto no significa que con una simple negación los Estados se puedan deslindar de sus acciones, o con su petición de disculpas públicas exorcicen uno de sus principales demonios internos; su intolerancia a las expresiones sociales de protesta y crítica. Pero vale la pena destacar ciertas diferencias entre un tipo de reacciones violentas cuya autoría se niega, y otras reacciones estatales que desde el derecho sí reclaman legitimidad frente a demandas de personas y grupos sobre violaciones graves a derechos. Pienso en las manifestaciones, marchas, plantones y *performances* sobre violencia de género *(marea-violeta, #Vivasnosqueremos)* o libertad reproductiva *(#marea-verde)*. En muchos de estos casos estas expresiones han sido disputadas discursivamente tanto por el Estado como por los medios de comunicación y otros actores sociales confrontando diversos tipos de derechos, intereses y bienes públicos en liza. *A priori* no se rechaza la validez de las pretensiones de las mujeres, pero se cuestionan sus modos de proceder y, sobre todo que sus acciones afecten tanto los derechos de otras personas como los bienes patrimoniales públicos o privados, y las buenas costumbres. En muchos de estos casos no se reprime ni se ejercita la acción penal contra los manifestantes, pero se circula un discurso construido desde arriba para deslegitimar sus causas, hecho que alimenta otras formas de violencia social y afianza el *statu quo*.

Llama la atención, tratándose de conflictos entre derechos, la tendencia casi automática de los Estados a preferir la protección de derechos de carácter individual frente a los derechos políticos ligados a la expresión de la protesta y la disidencia. En el entendido incuestionable de que los derechos —incluso los derechos humanos— tienen límites cuando se afectan otros derechos, los tribunales deciden contra los derechos de participación de quienes se manifiestan, y casi nunca a la inversa.

Ante los reclamos de las mujeres, los discursos políticos y sociales de reacción suelen ser doblemente conservadores. Por un lado, sugieren que sus demandas deben tenerse por satisfechas, dada una mayor regulación de la violencia doméstica, o la adecuación de tipos penales sobre violencia sexual, acoso, o incluso la despenalización del aborto. En estos casos la ineficacia de las normas sería atribuible a las propias mujeres por no denunciar ni proseguir sus causas, a pesar de la buena voluntad estatal, que queda constatada con fiscalías especiales y protocolos de trato para policías y jueces. Por otro lado, lo que quiero enfatizar es la acusación de que las mujeres no comprenden la distinción entre las esferas íntima, privada, social y pública, que subyace a la mayoría de sus reclamos. En esta posición aparece con un peso enorme la influencia de una cultura fuertemente patriarcal y misógina. El grito de batalla "lo personal es político" continúa siendo malentendido. Contra la igualdad y las libertades de las mujeres se plantan los derechos de

niñas y niños, embriones —bebés asesinados—, hombres temerosos de denuncias de maltrato, violación, acoso o de reconocimiento de la paternidad con sus consecuentes responsabilidades. De manera más abstracta se denuncia una crisis del mundo familiar, y junto con él de todo el orden social. Me detengo en esta ilustración, porque en la elaboración de qué sea público y privado, sobre la distinción de los órdenes de producción y reproducción se edifican un sinnúmero de instituciones jurídicas cuyo ascendiente primigenio debería ser la Constitución como garante de las iguales libertades de todos. Hace falta una reflexión profunda de los arreglos constitucionales desde el punto de vista de las mujeres (Gómez Fernández, 2017): iniciando con una hermenéutica de los derechos con enfoque de género hasta una revisión de los mecanismos de inclusión de las mujeres en los principales aparatos de poder: la maquinaria constitucional. El estado presente de la conversación pública y la rispidez de las manifestaciones y las protestas colectivas de las mujeres parece anunciar una transición profunda en esa dirección; pero no se debe ignorar del lado contrario una amplia oposición social conservadora, cuyos intereses tienden a ser reproducidos por el orden estatal.

Gargarella (2005a, 2005b) ha llevado a cabo una crítica potente contra la respuesta estatal y social a la oposición, disidencia y protesta pública, incluyendo la de carácter radical en sus manifestaciones al margen del derecho. Dado que trata expresiones de denuncia de violaciones de derechos no se está en el caso de desafíos a las leyes con motivos antisociales o perversos, aunque puedan resultar tras su discusión reclamos injustificados. Las personas que en condiciones percibidas como injustas desafían al Estado conscientes de los riesgos merecen respeto y consideración. Subraya que los derechos que primero deben ser asegurados son los más cercanos al nervio democrático de las Constituciones.

Reconocer la naturaleza de las reacciones estatales en casos de oposición radical al régimen político es importante contra una narrativa habitual del derecho penal (y constitucional) liberal: cuando llega el derecho, cesa la violencia (Menke, 2020). El derecho retiene siempre la capacidad de decidir lo jurídico respecto de lo que no lo es mediante un acto de poder, y el perjuicio ideológico surge por no reconocer esta paradoja. De modo que la salida que cabe es la autorreflexión del derecho, condición que podría verse favorecida en los momentos de destitución del derecho, o en los procesos transicionales. Incluso en materia penal recuérdese que sus reformas se activan generalmente cuando ya se han transformado las concepciones de la moral pública: "La reforma del legislador confirma aquello que ya se ha aceptado en la realidad" —como observa Häberle (2020: 66)—.

No me detengo en cierto tipo de oposición armada y beligerante, aunque también en este caso se deba aguzar la mirada para reconocer las condiciones y el contexto de las luchas sociales. Pienso ahora en varios movimientos indígenas y campesinos por la defensa de sus territorios, y en particular el caso mexicano del Ejército Zapatista de Liberación Nacional aparecido en escena en 1994. Como se sabe, pese a no deponer las armas, representantes del movimiento sostuvieron conversaciones con el Estado. Esto significa que no se aplicó "todo el peso de la ley", aunque su mera existencia como ejército era abiertamente contraria a la Constitución y a un sinnúmero de normas penales. Como en la experiencia estudiantil, el Estado buscó ganar legitimidad mediante reformas constitucionales relativas a derechos indígenas, políticas de bienestar y de combate a la pobreza, aunque incumplió en el mediano y largo plazo diversos acuerdos y compromisos entre los representantes de ambos bandos.

El caso del zapatismo y las concesiones hechas por el gobierno de México muestra un tema recurrente de Gargarella: los Estados están más dispuestos a crecer sus catálogos de derechos humanos antes que a ceder espacios reales de poder: ni autonomías normativas ni autogobierno de territorios ni sistemas propios de procuración y administración de justicia. Éstas fueron las demandas principales (Stavenhagen, 2004) de las personas, pueblos y comunidades indígenas que quedaron desoídas a pesar del reconocimiento de sus derechos en el apartado dogmático de la Constitución.[133] Persisten sesgos sistemáticos de discriminación que se reflejan en un déficit en todas las categorías de derechos (PNUD-CDI, 2010), en pobreza extrema y marginación. Respecto de las denuncias traídas por el zapatismo como problema constitucional, salta a la vista la exclusión de la ciudadanía, de su capacidad efectiva de influir en la representación política, en los sistemas de justicia y en las acciones de gobierno. Lo que ahora se refieren como procesos (neo)extractivos —que han existido contra las poblaciones originarias desde siempre— ponen de relieve su invisibilidad ante el poder estatal. Hasta la fecha no participan en la deliberación de los macroproyectos públicos con independencia del signo partidista: aeropuertos —Atenco 2006—, vías férreas —Tren-Maya 2020—, autopistas. Se está todavía lejos del ideal del derecho como conversación entre iguales. No resisto cerrar con una cita extensa de Gargarella relacionada con todo esto:

[133] Cossío señala una línea de continuidad reconocible entre el movimiento zapatista, la reforma constitucional de 2001 y el uso del amparo para reivindicar los fines particulares de las comunidades indígenas. Estos usos novedosos luego se extendieron a los colectivos de la diversidad sexual y otros grupos emergentes (2022: 48).

Querría subrayar que, para activarse, el ideal del diálogo entre iguales no necesita de grandes movilizaciones ni de actos estruendosos; para reconocer a los otros, no exige movimientos sociales ni momentos constitucionales. Bienvenidas, si se dan, esas vitales expresiones cívicas, que agrupan a personas y demandas en colectivos unidos por ideales abstractos y reclamos concretos. Sin embargo, los principios sobre los que se erige el diálogo entre iguales reclaman abrirse a otro tipo de entendimientos: parten de la idea de que una voz que se queja —una sola voz que se obstina en señalar su molestia por lo que nosotros hacemos— es la más importante de todas; y si la perdemos, es como si lo perdiéramos todo (2021: 538).

Capítulo cuarto

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: LA REFLEXIVIDAD ALLENDE LAS CONSTITUCIONES

A lo largo de este texto se ha tratado de desarrollar un entendimiento reflexivo de los principios y valores constitucionales primordiales; a saber: los derechos y la democracia. Como se ha expresado en repetidas ocasiones, ambos forman el núcleo del proyecto del constitucionalismo incorporados en los dos ejes (dogmático y orgánico) que la doctrina le atribuye. El primero contiene la parte sustantiva relativa a la autonomía, mientras que el segundo dispone las formas —reglas y procedimientos— en los que se actualiza la voluntad de las personas en una sociedad política, el autogobierno o la soberanía popular. Se señaló en la introducción que la noción de reflexividad no equivale simplemente a pensar detenidamente una cuestión. Su uso es técnico, tiene un linaje filosófico y sociológico importante. En particular, interesa dar cuenta de ciertos cambios en el pensamiento social y humanístico que destacan la intersubjetividad, así como los giros lingüístico y pragmático frente a la filosofía de la conciencia.

Como se mencionó en la Introducción, recupero algunas notas de la idea de reflexividad de Immanuel Kant que subrayan el ejercicio del pensar ampliado o extendido, ponerse en el lugar de otras personas concretas —no cualquier otra, indistinta, como abstracción de un punto de vista universal—. Para Kant, esta facultad del pensamiento, la de juzgar, se hace presente ante la ausencia de reglas determinadas (1997, 1987), lo que suele ocurrir en situaciones de crisis o dudas sobre alguna cuestión teórica o práctica. Aunque fue Arendt (2003, 2007) quien sugirió que dicha facultad podría tener funcionalidad política dadas las circunstancias típicas de la acción humana —dar nacimiento a algo radicalmente nuevo; no una mera reproducción del estado de las cosas, de seguir reglas—, considero que no riñe con diversos usos que el mismo Kant llevó a cabo en algunos de sus escritos políticos e históricos. El "uso público de la razón" que se ejercita junto con los otros, que no tiene sentido ni posibilidad en solitario, subraya el componente de autoconfrontación que atribuimos a la expresión "reflexi-

vidad", y que a lo largo del texto se ha tratado de exhibir presentando una noción de democracia participativa, en donde la capacidad de oposición, de disentir y criticar se pone por delante. En lo que corresponde a este capítulo, en particular, en el ensayo "Acerca del tópico: tal vez eso sea cierto en teoría, pero no sirve para la práctica", el filósofo indaga las condiciones de posibilidad de una moral que exige pensar simultáneamente como sujetos privados con capacidad de autonomía individual; como ciudadanos con capacidad de autogobierno en el Estado, y por último como miembros de una república mundial o cosmopolita (1993: 7). En cada uno de estos escenarios las personas se deben comprender como agentes responsables. El enfoque de los individuos privados tendría la mirada en las libertades, en el bienestar y en la felicidad propios; el de la ciudadanía estatal, en la justicia política, y el de la ciudadanía mundial o cosmopolita buscaría el bien o la justicia universal de la especie. El mismo ejercicio que el equilibrio reflexivo de Rawls (2001) solicitaba entre los principios públicos y personales en el nivel constitucional se ha de realizar también en el espacio global-internacional más extenso, así sea que aún deban determinarse las condiciones de su gobernación. En específico, se verá cómo se pueda conectar la deliberación sobre los derechos y la democracia con el sistema jurídico internacional de la región, en Latinoamérica.

La idea de reflexividad como autoconfrontación tiene también deudas con la filosofía social actual (Lamo de Espinosa, 1990). Para Beck y Giddens (Beck, Giddens y Lash, 1997; Beck, 1998, 2002; Giddens, 1999, 2000a, 2000b), las condiciones de incertidumbre asociadas a la complejidad de los diversos órdenes funcionales, y a la pluralidad, exigen a las personas, desarrollar disposiciones escépticas ante las instituciones políticas. En la filosofía práctica, Thiebaut (1998) ha revisado estas cuestiones, y en el constitucionalismo, Loughlin se hace eco de las tesis de la modernización reflexiva (2022: 19). Esto no implica adoptar posiciones relativistas, nihilistas o anárquicas. Las personas pueden permanecer optimistas acerca de las posibilidades de la cooperación sin ser ingenuas sobre la naturaleza del orden social. Éste no surge espontáneamente ni es reflejo de valores trascendentes. La modernidad exige confrontar los sistemas de reglas que habitamos. En las democracias constitucionales concebidas en el enfoque de las prácticas, los derechos humanos y la democracia desempeñan una función básica, primaria. Las personas interpretan su conducta como agentes: llevan a cabo acciones de las que se hacen cargo y son responsables; no únicamente reaccionan en forma mecánica. Sin embargo, esta autoconfrontación no ocurre en abstracto. Como se dijo arriba con Kant, sucede en escenarios particulares, en

el espacio más íntimo de la moral personal; en las relaciones con los otros del medio público jurídico (en última instancia del derecho constitucional), y cada vez más en el entorno global donde se van configurando nuevas prácticas e instituciones. Éstas definen papeles que se distribuyen a personas físicas y morales, u órganos supraestatales, siendo deseable que reproduzcan y apuntalen los atributos de la autonomía y el autogobierno de los sujetos que el constitucionalismo prevé.

Igual que ocurre en los Estados nacionales donde se desarrollan las normas constitucionales, no todos los sistemas de prácticas en el plano global buscan realizar los ideales de autonomía y autogobierno; algunos corren en dirección contraria frustrando la participación. Esto es así porque diversos órdenes sirven a otras funciones sociales importantes, económicas, tecnológicas, informacionales, que pueden afectar a las personas. No obstante, resulta primordial reconocer los mecanismos de apropiación de dichos sistemas de prácticas, bajo la pena de pensarlos como inhumanos. Más allá de su complejidad orgánica u operativa, todos estos sistemas han de ser inteligibles, y eventualmente estar sujetos a alguna forma de control por parte de las personas. El enfoque funcionalista que describe procesos de diferenciación automatizados y mecánicos depende de adoptar la mirada de un observador ajeno. Pero siempre queda la posibilidad de explorarlos en actitud interna de participantes que puedan solicitar a sus agentes hacerse cargo de las consecuencias de su conducta. Aunque esto no implica que dicha atribución de responsabilidad deba ser categorizada como moral —lo que según Jürgen Habermas es un logro de las sociedades modernas— ha de ser empero susceptible de algún tipo de juicio normativo. En el mismo Luhmann (2010) los derechos humanos fungen como una institución de acoplamiento y manejo práctico de la complejidad y los procesos de diferenciación social.[134] Lo que hemos propuesto a lo largo de este trabajo es que los derechos y el régimen democrático como sistemas de prácticas sociales atraviesan y se solapan con otras prácticas de índole diversa, pero que deben acomodarse de un modo relativamente coherente y efectivo con los principios de autonomía y autogobierno. Aunque las prácticas tengan carácter instrumental, códigos propios y cobijen actitudes estratégicas contrarias a los ideales constitucionales, han de existir ciertas instancias de ajus-

[134] Quizá el debate con la visión normativa de Habermas haya ocasionado que la posición de Luhmann resultara incomprendida. El lenguaje funcionalista de los sistemas complejos se estimó como amenaza de la integración comunicativa. El modelo del *asedio* a la moral (Habermas, 1999) será transformado en un modelo de *esclusas* en el Estado constitucional (Habermas, 1998). También Teubner (2005).

te, traducción y domesticación de los poderes salvajes (Ferrajoli, 2013) que aquellas prácticas puedan desatar.

Todas estas disquisiciones sirven al propósito de enfrentar las transformaciones del proyecto global del constitucionalismo. Con diferentes arquitecturas y velocidades en las distintas regiones y países, se pueden rastrear y reconocer líneas de desarrollo comunes (Hirschl, 2019). Ciertos tipos de integración económica y política, además del derecho internacional de los derechos humanos de la posguerra, pretenden asimilar valores originarios del constitucionalismo al orden cosmopolita en construcción. Se ensayan rutas a un proyecto normativo de derecho internacional: una Constitución mundial o Constituciones políticas regionales, como el caso europeo (Häberle, Habermas, Ferrajoli y Vitale, 2004) o el *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL) (Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, 2014; Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor, 2017). Algunos sostienen que el proceso nace del derecho internacional como efecto de crímenes contra la humanidad debidos a la noción de soberanía como invulnerable, de la denegación de la dignidad ciudadana como estatus fundado en los derechos humanos y de la cualidad de participar en la autoridad política. Ello habría descarriado la vida pública de los Estados fascistas, autoritarios y totalitarios. Como observó Arendt: la condición de paria surge del arrebato de la condición de la ciudadanía, del derecho a tener derechos.[135]

Bogdandy y Venzke (2016) desarrollan el tema de la legitimidad política en el ámbito internacional. Exploran la cuestión de en quién o en quiénes reposa en última instancia la autoridad de tomar decisiones públicas de carácter vinculante; es decir, susceptibles de ser respaldadas por las amenazas de sanciones justificadas. En cuanto al fundamento normativo, su proyecto se alinea con la idea de legitimidad que aquí se ha discutido. La referencia a Rawls o Habermas da curso a una concepción procedimental de la legitimidad, que explícitamente reenvía al principio de inclusión democrática. Éste se asocia con los derechos y con la capacidad de autodeterminación. Para Habermas (1998), la legitimidad deriva de la participación de todos los posibles afectados, mientras que para Rawls el "ejercicio del poder político es plenamente adecuado sólo cuando se ejerce de acuerdo con una Constitución, la aceptación de cuyos elementos esenciales por parte de todos los

[135] La frase surge en el análisis del totalitarismo: "La Humanidad, que en el siglo XVIII, en la terminología kantiana, no era más que una idea ordenadora, se ha convertido hoy en un hecho ineludible. Esta nueva situación, en la que «Humanidad» ha asumido efectivamente el papel atribuido antaño a la Naturaleza o a la Historia, significa en este contexto que el *derecho a tener derechos* o el derecho de cada individuo a pertenecer a la Humanidad tendría que ser garantizado por la misma Humanidad", Arendt (1998b: 377) [énfasis añadido].

ciudadanos, en tanto que libres e iguales, quepa razonablemente esperar a la luz de principios e ideales admisibles para su común razón humana" (2006: 168 y 169).

Tener presente el problema de la legitimidad en términos normativos, no como mera descripción de un consenso histórico sobre ciertas instituciones al abordar el fenómeno jurídico internacional-global, es de suma importancia. Recuérdese que el hilo argumentativo central del trabajo es la reflexividad que el enfoque de las prácticas impulsa en las personas que participan en ellas. El objetivo es elucidar la gramática de ciertas instituciones formales o informales distintas a las prácticas constitucionales sobre los derechos y el régimen democrático para estar en condiciones de sujetarlas si causan daños a personas y grupos. Bogdandy y Venzke concuerdan con este punto de vista, aunque bajo diferentes presupuestos metodológicos. Emplean el lenguaje de la teoría de sistemas de Parsons y Luhmann, pero no se allanan a sus consecuencias.

> Para evitar ser considerados como funcionalistas, insistimos en que una función no justifica por sí misma una institución. Sin duda, existe una tentación apologética en los argumentos funcionales. Nosotros vemos el potencial apologético y dirigimos nuestro análisis funcional hacia un enfoque normativo… Parte de nuestra ambición, entonces, es trascender la narrativa funcionalista de la legitimidad (2016: 27).

Su enfoque es de gran significación práctica, porque asumen también la centralidad de los tribunales internacionales en esta labor normativa justificativa. Antes he subrayado el componente participativo proveniente de la lógica de los derechos y la democracia, de la autonomía y del autogobierno, que son cooriginarios en el acceso a la justicia en procesos judiciales o análogos. He dicho que este derecho es independiente porque no está subordinado a la sustancia de otro derecho que se reclame por su conducto, y he subrayado su dimensión política. Cada vez que se expresa una pretensión normativa, con independencia de su motivación, surge el problema de la validez y la justificación. La reflexividad como autoconfrontación ciudadana frente a las instituciones destaca el énfasis participativo, antes que deliberativo o epistémico.

Bogdandy y Venzke sostienen que los tribunales internacionales no tienen una única función, sino que realizan varias, son multifuncionales. Entienden por función la contribución que los actores llevan a cabo sobre su entorno. No todas las funciones de las cortes son explícitas, de modo que los jueces las pueden realizar sin plena conciencia. Entre las funciones atribuidas a los tribunales internacionales señalan cuatro: "*a)* solucionar controversias

en casos concretos, *b)* fortalecer las expectativas normativas, *c)* crear derecho y *d)* controlar y legitimar la autoridad pública" (2016: 31). Mientras algunos sostienen que la solución de conflictos es su principal función, otros consideran que su cometido es estabilizar las expectativas normativas. Sin embargo, quiero llamar la atención sobre la cuarta función: el control y la legitimación que es nodal para insistir en la dimensión política de los tribunales, la cual opera en varios niveles, de ida y vuelta, de las cortes internacionales hacia los Estados en una dirección; en las propias cortes sobre sí mismas, y de los Estados nacionales hacia ellas. Por mostrar la relación entre multifuncionalidad, autoridad y democracia, esta propuesta merece atención especial: permite lidiar con diversos problemas de la gobernanza global de signo económico, ecológico o tecnológico. La democracia ofrece una posibilidad extraordinaria de dar voz a los individuos afectados por los Estados u otras instancias globales; de esto trata la inclusión democrática en clave participativa.

De modo explícito Bogdandy y Venzke critican la idea de que los tribunales internacionales puedan entenderse exclusivamente como coordinando la actividad de los Estados o reflejando los valores de los derechos humanos, y revisan otra de sus funciones como órganos constitutivos de regímenes de gobernanza específicos; verbigracia, los arbitrajes de la Organización Mundial del Comercio. Sin embargo, son enfáticos en señalar los graves defectos del orden actual que subraya la fragmentación y la complejidad, pero sin orientación democrática (Bogdandy, Salazar Ugarte, Morales Antoniazzi y Ebert, 2018; Lafont, 2018). En el entorno trasnacional ocurren situaciones de desestatización y transferencia del poder público a entidades económicas que no rinden cuentas (Grimm, 2020: 671); e incluso de empresas multinacionales que pueden llevar a Estados ante tribunales arbitrales privados eludiendo los tribunales públicos (Piketty, 2017: 157-159). Loughlin ha denunciado que el constitucionalismo en el plano global revela propósitos ambivalentes: promete la transformación de las sociedades con base en los valores de libertad, igualdad y solidaridad, pero al mismo tiempo asegura los regímenes que protegen la propiedad y el mercado. El neoliberalismo habría sustituido al liberalismo una vez que se cayó en cuenta que los mercados, más que ser organismos autorregulados, requieren instituciones gubernamentales fuertes. El constitucionalismo necesita una red de instituciones que incluye tanto a la Organización de las Naciones Unidas como al Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, más una serie de acuerdos de libre comercio (Loughlin, 2022: 21).

Fraser (2008) visibiliza la cuestión del enmarque de la justicia más allá de los Estados nacionales, destacando la inclusión y la participación demo-

crática. En lugar de proponer un orden internacional centralizado, piensa un sistema de gobernanza organizado como redes con equidad deliberativa global y con reconocimiento positivo de la diversidad. En este sentido, se pueden leer las ideas del sistema internacional de Slaughter (2004): los regímenes democráticos y sus agentes estatales internos son todavía recursos indispensables para enfrentar los problemas globales siempre que se piense en un sistema de gobernanza democrática bajo redes colaborativas flexibles. La soberanía puede ser redefinida como la capacidad de participar de manera interdependiente con órganos supranacionales y contrapartes nacionales, y en esta labor destaca el papel de las cortes, la construcción en múltiples instancias de diálogo de una jurisprudencia global en temas diversos y con aprendizajes recíprocos (Slaughter, 2017). En América Latina, dice Morales Antoniazzi: "La tesis central consiste en afirmar la creciente construcción de un *ius constitutionale commune* democrático bajo una concepción de pluralidad de Constituciones, que da origen a un sistema multinivel, cuyo fundamento es la estatalidad abierta" (2015: 1).

No se trata de que los individuos sean creadores de todas las normas que regulan sus vidas, pero es básico que sean capaces de disputarlas legítimamente —por lo menos—. No debe atribuirse automatismo ni necesidad a la geopolítica y a la economía. Éstas son susceptibles de crítica normativa y juicios de responsabilidad concretos. El derecho de acceso a la justicia en sede internacional opera como una instancia reflexiva de autoconfrontación de las personas, no exclusivamente como miembros de un Estado nacional, sino también como ciudadanos del mundo. El papel de los tribunales no se agota en hacer rendir cuentas a poderes estatales y otros poderes fácticos. Además de las posturas defensivas de los derechos, los jueces deben garantizar poder político a la ciudadanía para controlar decisiones que les impactan. El acceso a la justicia se refiere a la autonomía y al autogobierno. Por esta razón, importa fijarse en los aspectos participativos del acceso a la justicia, en sus obstáculos, ya que de otro modo la deliberación se frustra. A menudo se interpreta la democracia constitucional como un asunto que los jueces cuidan como expertos, pero no que participan como actores políticos ni que son medios a través de los que circulan las pretensiones de la gente sobre cuestiones inciertas y complejas, en las que caben profundos desacuerdos. Sus intervenciones se suman a la conversación pública, más allá de cómo se organicen los procesos judiciales, sus alcances y resultados.

Se podría creer que la legitimidad de la comunidad internacional y los tribunales sea sustantiva y no procedimental; o sea, que se represente como una comunidad mundial basada en valores universales. Con este enfoque, la

legitimidad no dependería del consentimiento actual o potencial del Estado, sino de la realización de esos valores. Recuérdese que en el ámbito nacional autores como Ferrajoli (2001: 36) o Garzón Valdés (1993: 648) señalan la existencia de esferas indecidibles y cotos vedados. El consenso posbélico sería el núcleo normativo del orden internacional. Dado que los desacuerdos sobre los derechos, la democracia y sus formas de implantación son persistentes, es interesante la propuesta de Beitz (2012), de ver los derechos humanos como una práctica compleja, multiactores y multinivel, en un sentido análogo al desarrollado aquí. Este enfoque es prometedor para explicar la inserción de la discusión del constitucionalismo en el ámbito internacional. Para ello se debe justificar cómo se incorporan las prácticas de los derechos y del régimen democrático en este nuevo escenario. La idea de Bogdandy y Venzke es la siguiente: la legitimidad se ejercita "en nombre de los Estados", pero no en el sentido iusprivatista con el que se pensaron los orígenes del derecho internacional, sino en el sistema constitucional doméstico. En última instancia, los tribunales hablan "en nombre de los Pueblos", bajo una teoría del derecho público, de todas y cada una de las personas.[136] La soberanía se desagrega en cada sujeto con derechos capaces de disputar y de controvertir el poder político.

En este cometido, aquí analizo las relaciones entre la democracia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), tratando de subrayar el componente participativo y democrático que he significado del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial. No sugiero que éste sea el único o principal instrumento democratizador en sociedades como las latinoamericanas, con agudos déficits de institucionalidad, con autoritarismo, pobreza y desigualdad, cuyos procesos de transición y desarrollo democrático se han distinguido por amplias movilizaciones sociales y un fuerte activismo de la sociedad civil organizada, popular e indígena. Sin embargo, bajo la lógica del Estado constitucional es importante visibilizar algunos instrumentos que tienen la cualidad de empoderar a las personas en el estatus ciudadano: el acceso a la justicia es una instancia básica de justicia cotidiana para la eficacia de los derechos humanos. Recuérdese la insistencia en las dimensiones —autonomía y autogobierno— que deben ser clarificadas normativamente. En este tenor, la responsabilidad judiciaria de justificar y dar razones públicas resulta fundamental.

Bajo la guía de Dahl (1989), destaco un par de atributos que hacen de la democracia un régimen que aventaja al resto en su legitimidad: por

[136] Comparte esta posición Forst: los derechos humanos sirven para fundamentar la legitimidad interna, no para limitar la soberanía de los pueblos: la perspectiva de los derechos se justifica desde adentro (2014: 55).

su capacidad de incluir la participación del mayor número de personas, lo que refleja su dimensión igualitaria; y por su capacidad de promover la expresión libre y plural de la oposición, lo que refleja su dimensión liberal.[137] El propósito es visibilizar el papel político de la Corte: su responsabilidad frente a los Estados constitucionales en torno a la democracia. Ello implica revisar la calidad de sus razones, la corrección de sus procedimientos de justificación, y la naturaleza de la autoridad (autoritativa, epistémica) con que pretenden investirlas. Para ello se analiza la noción de democracia en conjunción con el derecho humano de acceso a la justicia, como capacidad de contestación frente a las leyes y las políticas*;* un derecho interpretado en clave democrática.[138] A pesar de que se interpreta comúnmente como derecho de naturaleza civil, en realidad no es un derecho que se pueda disfrutar de modo pasivo, porque funciona siempre como poder:[139] otorga a las personas un estatus en relación con los demás y enfrente de los órganos del Estado. En términos prácticos, el acceso a la justicia opera como derecho "llave" porque abre la puerta a cualquiera de las pretensiones personales.[140] Éstas tendrán que ser vistas y escuchadas, aunque luego sean rechazadas; y ésta es una cuestión atinente tanto a los derechos como a la misma democracia.[141] Este derecho es, por tanto, la expresión del *status activus processualis*, que implica la igualdad democrática de oportunidades (Häberle, 2020).

Cabe justificar mejor el paso del Estado constitucional al derecho internacional de derechos humanos. En los últimos años, después de las transiciones democráticas en la región, la mayoría de los países han adopta-

---

137 También es posible una interpretación republicana de la oposición y la disputabilidad permanente de las normas (Pettit, 1999; Francisco, 2021).

138 "[El acceso a la justicia] se erige como pilar fundamental de un Estado democrático y se constituye como una obligación de los Estados partes, de manera que los Estados tienen el deber de poner a disposición de sus ciudadanos mecanismos y recursos judiciales accesible, eficaces y adecuados", Islas-Colín y Díaz Alvarado (2016: 47).

139 Si uno atiende a la clasificación de Ferrajoli de los derechos fundamentales, el acceso a la justicia no sería un derecho *primario* o *sustancial*, sino *secundario*, *instrumental* o *de autonomía* (2001: 22 y 23).

140 Señala Trindade: el acceso a la justica es "un verdadero *derecho al Derecho*"; "dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu,* el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, como un derecho autónomo, a la propia *realización* de la justicia" (2003: 72 y 73).

141 La propia Carta Democrática Interamericana subraya la importancia del acceso a la justicia en su artículo 8o.: "Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo. / Los Estados miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el hemisferio".

do nuevas Constituciones con un compromiso explícito y amplias cartas de derechos. En forma paralela se han desarrollado en la doctrina, figuras como el *bloque de constitucionalidad*, la *interpretación conforme* y el *principio pro persona*, mientras la Corte IDH ha impulsado con el visto bueno de la mayoría de los tribunales supremos nacionales el llamado *control de convencionalidad*. De modo que existen bases y disposición para propiciar un *ius constitutionale commune* y un mayor diálogo jurisprudencial entre cortes estatales e internacionales (Bogdandy, Fix-Fierro y Antoniazzi, 2014). Esto alienta la autoconfrontación asociada a la reflexividad de las prácticas constitucionales: se asciende y se desciende de los casos a los principios de derechos humanos y se evalúa la competencia democrática de los Estados para decidir sus políticas y su institucionalidad. Esta dinámica genera procesos de aprendizaje recíprocos, siempre que la rigidez de las jerarquías no se imponga por sobre el diálogo entre tribunales.[142] Como se observa en Slaughter (2004) o Antoniazzi (2015), los encuentros cara-a-cara entre jueces de distintas nacionalidades y regiones han favorecido esta dinámica virtuosa.

La primera parte señala los rasgos centrales del modelo de democracia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Carta Democrática Interamericana (CDI). Estos son interpretados a partir de la concepción de democracia poliárquica de Dahl, que subraya el pluralismo y dos principios para evaluar a las democracias: participación y oposición. Con esto se pretende mostrar la consistencia práctica y doctrinal entre los principales instrumentos de la democracia y los derechos en la región y una concepción de la teoría política apta para ser aprovechada en términos normativos.

En la segunda parte se destaca el papel de la Corte IDH en la defensa de la democracia. Su importancia no se deduce sólo de los límites negativos que se puedan oponer frente a las amenazas y los abusos del poder, en el sentido principalmente defensivo del constitucionalismo liberal y de su conocida fórmula de división de poderes; de los frenos y los contrapesos. Lo que se propone es entender mejor dicho papel por su capacidad de asegurar igualdad de oportunidades en la participación de los competidores políticos y de activar instancias incluyentes para quienes están permanentemente fuera del régimen, por ser opositores radicales o disidentes.[143]

---

142 Moreso (2021) ha empleado las nociones de equilibrio reflexivo y de razón pública de Rawls para explicar el ajuste entre principios y reglas provenientes de distintas doctrinas y cortes constitucionales.

143 La forma en que los regímenes tratan a disidentes, opositores y desobedientes políticos radicales dice mucho sobre la calidad de una democracia. Habermas (2000), Rawls (1995: 404-433), Gargarella (2005a, 2005b).

La tercera y cuarta secciones pasan revista panorámica a unos pocos casos de la Corte relacionados con el régimen político y las instituciones democráticas. La tercera, analiza un par de asuntos sobre derechos políticos, sistema electoral, candidaturas y partidos, y luego, en la cuarta, se estudian unos pocos más relativos a las libertades de expresión, manifestación o reunión. Aunque esta revisión dista mucho de ser exhaustiva, acredita un tipo de criterios para apreciar los atributos, principios y valores que los jueces de la Corte imputan a la democracia. Como se verá, la mayoría de estos rasgos son consistentes con la democracia representativa de la Carta de la OEA y de la CDI, con su espíritu igualitario y liberal.

En la medida en que esta idea de democracia sea clarificada y afianzada en la jurisprudencia de la Corte IDH, cabría esperar que la ventaja de amplificar las voces de todas las personas y garantizar el mismo peso a su participación contribuyan a hacer eficaz el catálogo integral de derechos humanos: civiles, sociales, económicos, culturales y ambientales. A tratar de justificar esta afirmación se dedica la quinta parte, que destaca la prioridad práctica de los derechos políticos y del acceso a la justicia en clave democrática: visto como paridad participativa (Fraser, 2008).[144] En este propósito se revisan casos que no son relativos a cuestiones políticas de modo directo, pero que podrían ser reinterpretados a la luz de este enfoque. Al hablar de la prioridad de los derechos políticos se destaca la funcionalidad heurística del acceso a la justicia, su papel instrumental, pragmático y público.

Se concluye que las ideas de participación incluyente, por igualitaria, y oposición plural, por liberal, junto con el acceso a la justicia, auxilian a comprender el sentido político de las demandas al sistema de derechos humanos más allá del régimen democrático (sistema electoral, partidos, representación). Ante cualquier demanda, los jueces están obligados a justificarse.[145] Con estos mecanismos procesales todas las posiciones políticas tienen poder de controvertir decisiones mayoritarias que por los canales normales

---

144 La idea de paridad participativa tendría reflejo institucional en el acceso a la justicia como derecho llave. Son tres dimensiones de la justicia: redistribución, reconocimiento y representación. La primera se asocia al reclamo de bienes, recursos y servicios relativos a derechos económicos y sociales. La segunda, el reconocimiento, se vincula a asuntos culturales como género, etnia o raza; al pluralismo y la no discriminación frente a estereotipos. Por su parte, la representación refiere a la dimensión política de la justicia, descrita como paridad participativa.

145 "[El] imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, el cual requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte", Trindade (2003: 71).

de la representación sería imposible. De ahí la importancia del acceso a la justicia. En el constitucionalismo, la ciudadanía se concibe reflexivamente como fuente de exigencias válidas (Rawls, 2002: 48). Esto no implica desconocer la importancia de fortalecer el espacio público, las organizaciones de la sociedad civil y los movimientos sociales.

I. Democracia y derechos en el sistema interamericano

La democracia representativa es un principio esencial del sistema interamericano (Nikken, 2006: 18). Es interesante el impulso a la democracia representativa en las transiciones políticas del último tramo del siglo XX, la llamada "tercera ola democratizadora" (Huntington, 1996), que fue afirmada con un fuerte compromiso en 1991 mediante la Resolución 1080 de la OEA (Mesa Salazar, 2002). No existe empero una definición explícita de la democracia representativa ni en la Carta de la OEA ni en la Carta Democrática Interamericana (en adelante CDI). Nikken propone interpretarla integralmente con el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como "aquella forma de gobierno que emana del pueblo a través de representantes elegidos mediante elecciones populares, de voto secreto, genuinas, periódicas y libres". Considera que deben incluirse en la definición otros elementos sustanciales de la forma democrática, como los límites al ejercicio del poder público con base en el Estado de derecho, y el respeto de los derechos humanos.

Pese a no ofrecer una definición, la CDI contempla determinados *elementos esenciales* y *componentes fundamentales* de la democracia representativa:

> *Artículo 3o.* Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.
>
> *Artículo 4o.* Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.
>
> La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de

todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Estos atributos incluidos en la CDI para la noción de democracia representativa se pueden enmarcar dentro del paradigma de la democracia competitiva y pluralista, entendida por Dahl como poliarquía. Lo relevante de esta perspectiva es el papel práctico que confiere a los principios de participación y oposición en la evaluación de las democracias. Si éstas no son incluyentes y no admiten la expresión de la divergencia y la disidencia, se desnaturalizan y pierden legitimidad.

Conviene acotar que bajo este enfoque la democracia se refiere al régimen político. Un régimen tiene que ver con los procedimientos de competencia pública para la selección y elección de candidaturas, la participación en la deliberación y la decisión de las leyes, el control de las autoridades electas, y la rendición de cuentas.[146]

En este marco, la democracia como fue delineada por Schumpeter consiste en un método "en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo" (1996: 343). La importancia del modelo radica en su naturaleza pluralista. Por ende, rechaza las concepciones de la democracia que atribuyen al sistema político fines intrínsecos, y es escéptico respecto de expresiones como "pueblo", "bien común", o "voluntad general". No existen fines dados de antemano que condicionen el carácter democrático de regímenes organizados bajo presupuestos formales y procedimentales, siempre que se garantice inclusión y apertura a la competencia política; y que nadie tenga autoridad para descalificar intereses de la esfera de la pública.[147]

En términos de diseño institucional, este modelo ha adoptado de modo casi unánime procedimientos de democracia representativa, electiva, dentro de un marco liberal, sin menoscabo de los ideales del igualitarismo social y político (Dahl, 2006). No obstante, es menester subrayar que existen infinidad de pautas para organizar la representación y para gestionar una mayor inclusión pública. No se puede conocer *a priori* la capacidad de cada arreglo

146 La idea de democracia como régimen la debo a O'Donnell, que distingue entre régimen y Estado para tener una definición operativa de democracia a partir de los procedimientos de la competencia política. La noción de Estado se refiere a la administración pública, a la burocracia y al territorio (2010).

147 Dice Sartori que la democracia "como método, o procedimiento, debe preceder a cualquier logro sustantivo" (2007: 32). La idea es compartida por Bobbio, para quien la democracia refiere las reglas "que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*" (1996: 24).

institucional para traducir los intereses de personas y grupos en influencia y poder políticos. Sin embargo, sí es posible comprender los principios bajo los que dichos arreglos deben ser enjuiciados: todas las personas han de tener la misma capacidad de participar con idéntico peso e influencia de la calidad de ciudadanos con libertad de información, expresión, reunión; con iguales derechos electorales; con medios de control y rendición de cuentas sobre las autoridades electas y los servidores públicos.

Con esto en mente, cabe discutir cómo se refleja mejor la representación popular en órganos como los parlamentos, sea mediante criterios territoriales; demográficos según los núcleos de población; con sensibilidad al pluralismo con esquemas mayoritarios o de representación proporcional; visibilizando la dimensión étnica, religiosa, cultural o de género, entre tantas posibilidades. De cualquier forma, es difícil que se pueda garantizar la imparcialidad plena de las normas y las políticas públicas. Porque, aunque en su formulación las reglas seas neutrales, su impacto puede acarrear ventajas y desventajas no previstas; de modo normal debido a la complejidad del mundo; por razones técnicas, información incompleta o por sesgos derivados de la desigualdad de los grupos históricamente discriminados.

Merino llama a pensar la relación entre sistema electoral y régimen político (2003: 46). El sistema electoral contiene las reglas mediante las cuales la ciudadanía expresa sus preferencias con votos. En hipótesis, los votos deben transformarse en escaños y cargos de gobierno. La cuestión es que la forma de contar los votos para distribuir dichos escaños y cargos tiene efectos determinados: más o menos influencia y poder para determinadas personas y grupos. Por ende, el sistema electoral no es un asunto puramente técnico ajeno a valores y principios que brindan legitimidad al régimen político.[148] De modo significativo: igualdad y libertad como valores constitutivos, garantizando sus referentes empíricos, según Dahl: inclusión universal y equivalente en la participación de toda la ciudadanía adulta, con el mismo peso (componente igualitario), y garantías para una oposición plural, competitiva, e incluso radical (componente liberal).

[148] Para Dalla Vía es importante que una sociedad discuta la capacidad del sistema electoral para traducir votos en escaños (2012) y señala: "Una cuestión previa e importante a determinar es que ningún sistema electoral es neutro o inocente. Todos los sistemas tienen una tendencia a favorecer un determinado resultado, ya sea la representación o la gobernabilidad" (2003: 57).

II. Tribunales internacionales y acceso a la justicia: el ideal de la participación democrática

Dada la imposibilidad de anticipar equidad plena en el diseño, desempeño y resultados del régimen político, cabe pensar la responsabilidad de los jueces para revisar caso a caso cómo se aterrizan los principios y los derechos políticos en las democracias de la región. O'Donnell cree que no se puede fijar *ex ante* una lista cerrada de libertades, derechos y oportunidades que garantice poderes de participación equivalentes a la ciudadanía. Por lo tanto, su formulación se realiza inductivamente mediante juicios hipotéticos y causales susceptibles de control judicial *ex post*, en forma casuística. Cuáles libertades sean condiciones necesarias de una competencia política justa es un asunto que depende de juicios de tipo probabilístico: "si dichas condiciones se cumplen, entonces existe, *ceteris paribus*, alta probabilidad de que las elecciones sean limpias" (2010: 34).

En la CDI se relaciona directamente el régimen político y el sistema de derechos. Su artículo 7o. señala que "la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente". Además, es enfática en que el sistema de protección de derechos es el instrumento primordial para cuidar de la democracia.

> *Artículo 8o.* Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo.
>
> Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio.

Ely (1980) ha propuesto que los tribunales son capaces de verificar el cumplimiento de los valores democráticos procedimentales de participación y de inclusión para identificar de manera adecuada la opinión y la voluntad popular plasmada en una Constitución. Si los jueces supervisan la calidad del proceso democrático como árbitros de las reglas de constitución de la autoridad y de las decisiones colectivas, su función podría ser interpretada políticamente como espacio que amplifica las voces y apuntala ciertas posiciones, en clave democrática. Desde este punto de vista, los jueces participan en la esfera de la opinión pública, no autoritativa, sino deliberativamente. Como se señaló antes, el acceso a la justicia puede ser leído

como instancia democrática participativa que fortalece la representación pluralista. En el marco de este proyecto constitucional se revelan las dimensiones del autogobierno y la autonomía personal.

La tutela judicial de los derechos moviliza en una instancia peculiar el proceso democrático. En un entorno institucional que no es de naturaleza mayoritaria, pero tampoco anti o contrademocrática, se muestra su espíritu de democracia participativa en el sentido indicado por Cristina Lafont: contar con este poder exhibe la no deferencia ciega a la autoridad. No es correcta, por tanto, la interpretación de la tutela en el sentido de que a los jueces corresponda defender específicamente a minorías y grupos desaventajados. Les toca más bien garantizar que los derechos humanos de nadie sean atropellados, sea que se trate de minorías o de mayorías.

Bajo la lógica del acceso igualitario y efectivo a la justicia, los derechos humanos, entendidos como la ley del más débil (Ferrajoli, 1999), o el carácter contramayoritario que se atribuye a ciertas sentencias, adquieren un significado consistente con la democracia representativa pluralista. A las personas y grupos en desventaja estructural puede otorgárseles favores procesales y hermenéuticos —ajustes razonables—, pero no *a priori* razón sustantiva de todas sus demandas. Piénsese la consulta a personas, pueblos y comunidades indígenas, u otras ventajas para redistribuir cargas argumentativas y probatorias. Estos instrumentos cumplen una función heurística; su fin es visibilizar a las personas y grupos excluidos: "Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, quien logre que sea adoptada por el Tribunal Constitucional Federal— habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual" (Alexy, 2009: 36).

Debido a mecanismos contradictorios en un proceso judicial, se exhiben y defienden razones tanto de minorías como de mayorías políticas sobre asuntos particulares. Tratándose de procesos de carácter adversarial, las partes actúan en defensa de determinados intereses que asumen podrían ser justificados en público con los mejores argumentos. Por ende, no es posible prejuzgar quién tenga la razón.[149] Si se mira entonces la democracia en un

[149] Para Fiss, "cuando el fallo [legislativo] es consecuencia de causas tales como la victimización de una minoría discreta e insular, no existe una manera clara de entender la función judicial. Aunque en esta situación la decisión legislativa pueda no merecer ninguna presunción de corrección —al menos en lo que afecta a ese grupo particular— se hace necesario determinar, como cuestión positiva, a qué tiene derecho la minoría en cuestión, sea por vía de derechos procesales o sustantivos… El juez lleva a cabo una búsqueda de lo que es verdadero, correcto o justo, sin convertirse en participante de los grupos de interés" (2007: 29 y 30).

continuo de tiempo, y no en momentos discretos, cabría confiar que ciertos litigios de impacto movilicen la opinión pública y conduzcan a cambiar la correlación de las fuerzas políticas. El modelo de democracia representativa puede incluir instancias deliberativas como los tribunales para fortalecer la participación y la deliberación popular (Gargarella, 2014).

La crisis que se imputa a la democracia actual por su vaciamiento de contenidos, su déficit de resultados o su alejamiento de la voluntad popular conduce a proponer instrumentos de democracia directa, como referéndum, plebiscito, iniciativa ciudadana, revocación de mandato, consulta popular, etcétera, mediante los que se denuncia el distanciamiento de las elites políticas. El motivo que subyace a estos instrumentos es dar cabida al mayor número de voces y recuperar el poder de la gente para que gane la aptitud de influir en las decisiones públicas y, con ello, evite la dominación política. Sin embargo, aunque estos medios sirvan para auscultar la voluntad popular y para tratar de devolverle su centralidad, es difícil captar desde ellos la pluralidad de intereses que connota la idea de opinión pública y de la participación como autogobierno.[150] Una vez más, la cualidad de reflexividad para los regímenes democráticos resulta fundamental. De los intereses comprendidos como preferencias hasta cualquier noción de interés público, general o colectivo, hacen falta mediaciones discursivas; es decir, la confrontación de las posiciones distintas (Greppi, 2022: 89).

No se descarta que algunas de estas herramientas de democracia directa se puedan conciliar bien con las instancias representativas, sobre todo como medio para prevenir la entronización de las elites u oligarquías. Una vez más, lo importante es que no haya actores sociales capaces de monopolizar el espacio de la política. Por eso se subraya la dimensión pluralista de las democracias. La noción de poliarquía de Dahl con sus rasgos principales: participación igualitaria y oposición libre, expresa bien principios de los regímenes democráticos. Éstos podrían tener múltiples diseños institucionales dadas las diferentes condiciones sociales, culturales e históricas; el acomodo de grupos de interés; el carácter más o menos homogéneo de la población o sus circunstancias geográficas. Bajo la perspectiva que se propone, el derecho de acceso a la justicia se concentraría en el control de los procedimientos para asegurar la participación y oposición de cualquier ciudadano con oportunidades equivalentes. De ahí la importancia de comprender este derecho como una llave al espacio de la política: será mejor cuanto más sencilla, llana y eficaz sea su utilización.

---

150 Sobre algunas dificultades y riesgos de la democracia directa, Lissidini, Welp y Zovatto (2008, 2014).

En consecuencia, a pesar del aparente optimismo de señalar esta función trascendente de tribunales y cortes en la garantía de los derechos humanos y la democracia, no existen en la actualidad condiciones efectivas ni equitativas del acceso a la justicia. Las personas y los grupos excluidos suelen carecer de oportunidades para demandar su tutela ante la judicatura. Los poderes judiciales han sido denunciados por su alejamiento de la gente y por lo difícil que resulta recurrir ante ellos. Si en el ámbito nacional dicho acceso es una aventura incierta, se puede imaginar cómo resulte alcanzar a la Corte IDH.

En la región, los derechos políticos están establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención):

> *Artículo 23. Derechos Políticos*.
>
> 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
>
> a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
> b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
> c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
>
> 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Si se mira esta categoría de derechos en conjunto con la libertad de conciencia y de religión (artículo 12); libertad de pensamiento y expresión (artículo 13); derecho de reunión (artículo 15), y libertad de asociación (artículo 16), se constata el espíritu liberal de la Convención, sobre cuyos fundamentos normativos se asienta el trabajo de la Corte IDH. Este tipo de libertades civiles brindan una pauta para entender la política en contextos de pluralidad y participación incluyente. El pluralismo parece tener su mejor aterrizaje en el proyecto del constitucionalismo, ya que su propósito principal consiste en fortalecer autonomía y autogobierno de las personas en las sociedades políticas.

Junto con los derechos civiles también la justicia social y la igualdad son inherentes a la democracia. Los derechos económicos, sociales y culturales deben ser "reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en fun-

ción de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno".[151] La CDI pone énfasis en el carácter participativo del sistema político, y, en consecuencia, destaca el deber de garantizar el ejercicio efectivo de la democracia.

La efectividad de los derechos políticos, su dimensión material, y no solamente formal, es destacada por la Convención. El artículo 23 señala que la ciudadanía debe gozar los derechos políticos, pero no sólo de modo declarativo, sino además de oportunidades reales para ejercerlos. Los derechos políticos son la única categoría de derechos humanos donde se vincula la idea de derechos intrínsecamente con las iguales oportunidades. En el mismo sentido, dice Rawls que debemos "entender las libertades políticas iguales de una manera especial; incluyendo en el primer principio de justicia la garantía de que las libertades políticas, y sólo esas libertades, estarán aseguradas por lo que he llamado su «valor equitativo»" (2006: 364).

Roemer indica que la noción de igualdad de oportunidades no debe reducirse a la mera idea de no discriminación ante las leyes; es decir, no debe acotarse al idéntico trato al momento del acceso a la competencia pública por bienes y derechos (1998). Ella implica además nivelar el campo de juego para individuos y colectivos. Lo anterior exige visibilizar las condiciones desiguales de la competencia, desagregando a los grupos por sus desventajas comparativas, sobre todo las que suelen ser reiteradas, históricas e injustificadas.

Esta asociación entre derechos políticos e iguales oportunidades llama mucho la atención, porque ni siquiera en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales se vincula intrínsecamente su garantía efectiva con tener las mismas oportunidades. En los DESC es suficiente con el hecho de que se indique la progresión hacia su cumplimiento:

> *Artículo 26. Desarrollo Progresivo*.
>
> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

[151] Pese a que esta enunciación sugiere un orden de prioridades axiológicas entre derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales, debe ser leída como cuestión de orden práctico, heurística y epistémica. Sin todas las voces no es posible ni siquiera descubrir cuáles deben ser las metas del sistema político; menos saber quiénes están legitimados para decidirlo. De ahí que la CDI en su artículo 1o. señale: "La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas".

Esto presupone que en los casos relativos a los derechos políticos, la obligación estatal de reparar las desventajas económicas, sociales y culturales sea directa e inmediata, porque este tipo de derechos sufren una lesión y son violados en el instante en que las personas no cuentan con las mismas oportunidades para hacerlos efectivos de un modo realista y verosímil. No basta que las personas puedan ingresar a la competencia política si ésta es inequitativa.

El régimen democrático debe idear reglas y procedimientos con oportunidades semejantes para todos, y debe hacerlo de forma inmediata, no progresiva, ni tampoco limitándose a los recursos que tenga a su alcance. Si se descubren defectos de inequidad en la competencia, los tribunales deben ordenar el cumplimiento inmediato de estos derechos aunque las medidas que se ordenan traten de cuestiones económicas, sociales o culturales. La igualdad en los derechos políticos exige paridad participativa, y ésta exige satisfacer metas sustantivas allende la igualdad formal. El financiamiento público de los partidos políticos; la prohibición de contratar publicidad en las campañas; la paridad de género; las cuotas de minorías, y algunos mecanismos de veto o de consulta previa son medios de igualación material, de nivelación de oportunidades. La igualdad en este contexto no persigue maximizar los derechos de los grupos desaventajados en un sentido distributivo, de justicia social —como se suele entender—. La cuestión es política en el fondo, y pretende establecer "un *leveled playing field,* donde lo que interesa es crear las condiciones para tener una oportunidad igualitaria de participar en la contienda más que compensar condiciones desiguales" (Cuéllar y Thompson, 2012: 9).

III. Corte Interamericana, derechos políticos y democracia

Este enfoque queda de manifiesto con claridad en los dos primeros casos conocidos por la Corte IDH que trataron específicamente sobre derechos políticos; a saber: *Yatama vs. Nicaragua* (Corte IDH. 2005) y *Castañeda Gutman vs. México* (Corte IDH, 2008). Las respuestas diferentes entrambos se debieron precisamente a oportunidades materiales desiguales para acceder a cargos de elección, de la comunidad Yatama, por un lado, grupo indígena marginal frente al resto de la ciudadanía nicargüense, y de Jorge Castañeda, un influyente personaje en la opinión pública mexicana, por el otro. La supuesta violación de derechos políticos alegada por Castañeda se atribuía a discriminación e inequidad en las oportunidades para competir fuera de los partidos

y organizaciones políticos en Nicaragua y México, respectivamente. Sólo en el caso Yatama la Corte IDH favoreció la pretensión demandante de reconocer unos derechos políticos diferenciados de participación político-electoral.

Con base en una concepción de la justicia que connota el reconocimiento de la dimensión pluricultural de la comunidad Yatama, amén de sus circunstancias desaventajadas históricas y estructurales, la Corte IDH estimó que la aparente neutralidad de la legislación electoral de Nicaragua producía un resultado discriminatorio; es decir, causaba un efecto dispar en las oportunidades para participar. En cambio, en el caso de Jorge Castañeda contra México, en la regulación de la competencia a través de partidos políticos, que no admitía concurso de candidaturas ciudadanas independientes, la Corte IDH no acreditó discriminación ni un acceso inequitativo a oportunidades.

En el caso de Yatama, la negativa del estado de Nicaragua a admitir sus reclamos ocasionó un ochenta por ciento de abstencionismo electoral en la población total, que no se sintió representada. Según la Corte, las pretensiones de Castañeda y de la comunidad indígena Yatama no son equivalentes, a pesar de semejanzas aparentes. Esta decisión ofrece un significado específico a las ideas de participación y representación equitativas, que lleva a interpretar la idea de igualdad política en el sentido pluralista de Robert Dahl. Un enfoque con ascendiente liberal, pero que no es individualista, egoísta o atomista —defectos asociados comúnmente a esta doctrina—. No cualquier pretensión particular fortalece la democracia ni mejora su calidad. Empero, los Estados deben hacer lo más que puedan para garantizar la expresión de las voces excluidas: los disidentes y los opositores radicales.

La Corte IDH rechaza la igualdad política, entendida como mera neutralidad ante las leyes. Reconoce también que la Convención no dispone un régimen electoral único para los derechos políticos. Admite que pueda existir una amplia variedad de regulaciones, siempre que se desarrollen mediante elecciones periódicas y auténticas bajo los principios del sufragio universal, libre y secreto. Basta que se respete el principio de legalidad y se postule un fin legítimo necesario y proporcional, razonable para una democracia pluralista y representativa (Aragón, 1998). Tratándose de los casos referidos, esto querría decir que las oportunidades para concursar una candidatura debían ser maximizadas, no ser en exceso restrictivas ni discriminatorias. En Castañeda no se juzgó injusto el diseño institucional ni sus consecuencias.[152]

[152] Freidenberg (1998) muestra que en América Latina no se puede corroborar empíricamente la supuesta ventaja comparativa de las vías alternas a los partidos para mayor de-

Estos fallos se pueden interpretar bajo coordenadas distintas a las ideas de justicia igualitaristas más comunes, ámbito donde ha influido ampliamente la justicia como equidad de Rawls (1995, 2002). Debido a su enfoque distributivo predominante, se revelaron pronto déficits múltiples puntos ciegos, de los que surgieron los debates con feminismo, racismo, comunitarismo, multiculturalismo, marxismo. En este trayecto, Fraser señala la naturaleza pluridimensional de la justicia, y complementa ese interés redistributivo con otros temas, como el reconocimiento cultural y la representación política (2008).

Con este marco se entienden mejor no sólo casos como *Yatama versus Nicaragua*, que admiten tratos diferenciados o excepciones justificadas en la regulación de la competencia electoral, sino también diversas sentencias en temas de consulta indígena. Por un lado, éstas señalan el reconocimiento de la especificidad étnica y cultural, y por el otro, la dimensión de la representación política que subyace regularmente a estos asuntos, y que suele ser invisibilizada cuando se describen bajo la pura dinámica de mayorías y minorías. La consulta previa, libre e informada a las personas, pueblos y comunidades indígenas es una herramienta coherente con los principios de la democracia representativa, porque su función principal es deliberar acerca de los reclamos de grupos subrepresentados de modo estructural e histórico, de quienes tienen menores oportunidades para competir por la vía política normal. Sus problemas no son todos distributivos, socioeconómicos, sino además culturales y políticos.

De modo natural se vinculan pluralismo y liberalismo para enfatizar el deber de proteger la diversidad de creencias, concepciones del mundo y proyectos de vida. Es decir, de colocar a resguardo del poder político diferencias que se refieren al ámbito privado. En esta lectura, el centro de gravedad es puesto en la dimensión negativa de los derechos, de respeto y protección de la expresión singular de las ideas y formas de vivir. Sin embargo, en términos amplios, la concepción pluralista de la democracia que aquí se propone apunta más bien a la función positiva de la opinión pública, a su valor eminentemente político (Rawls, 2006). El ideario democrático busca avivar y fortalecer el diálogo con razones públicas para que nadie quede fuera de la posibilidad de hacerse escuchar e influir en la hechura de las políticas; para determinarlas *ex ante* y para controlarlas *ex post* (Dahl, 1991).

---

mocratización. Las candidaturas independientes y otros esquemas no partidistas no mejoran en automático el rendimiento de las instituciones ni garantizan que las personas se sientan mejor representadas.

En su configuración, los sistemas electorales responden a necesidades sociales urgentes, a "intereses públicos imperativos", en expresión de la Corte IDH. Entre ellos, la importancia que tiene un sistema de partidos políticos que sea equitativo y competitivo. Frente a la tarea de organizar una elección con un padrón electoral de millones de personas, un régimen debe evitar la multiplicación *ad infinitum* de los aspirantes, la fragmentación y la polarización de la oferta política, que en casos extremos lo haría inoperante. La igualdad de oportunidades en la contienda exige fórmulas de financiamiento público o mixtos; transparentes, para impedir la captura de los órganos representativos por parte de intereses privados. Esas modalidades han de servir para regular la entrada de ciertos intereses, justificando tales medidas en la maximización de las oportunidades y en la inclusión de todas las personas y colectivos, especialmente de las voces críticas y discordantes, y las menos audibles por causas de marginación. Tales medidas deberán ser simultáneamente las más idóneas y las menos restrictivas para regular el derecho en juego (Corte IDH, *Castañeda vs. México*, 2008: parr.196).

El reconocimiento eventual de candidaturas independientes podría exigir el respaldo de un número o porcentaje de electores que apoyen la candidatura, las plataformas políticas, los planes de gobierno, las garantías económicas, los cuadros políticos distribuidos en el territorio nacional, e incluso "pólizas de seriedad" (par. 199). La justificación de las medidas es relativamente simple: no todas las pretensiones del espacio público suman y fortalecen a la democracia.

Ahora bien, una interpretación de este estilo no implica establecer una concepción sustantiva de lo público, un catálogo particular de virtudes cívicas, ni mucho menos censura a ciertas ideologías. Por el contrario, lo que pone por delante es que las voces disidentes no solamente sean protegidas en el sentido de no ser acalladas ni violentadas, sino además de prestarles una atención genuina, para que contribuyan a redefinir el significado de lo público. Nadie, ninguna persona o sector de la población se puede apropiar de ese significado. Lo principal es la contribución única que cualquiera pueda hacer al espacio de la opinión pública.

Considero que esta es la mejor interpretación que se pueda hacer también de la democracia como poliarquía. Como en el subtítulo de la obra de Dahl se subraya, en términos prácticos, la democracia pluralista se sostiene en la lógica de que todas las personas adultas puedan participar libremente con igualdad. Sobre todo, que se maximice institucionalmente la expresión eficaz de la oposición, incluida la radical y más discordante.

También en esta óptica estrictamente política, y no sólo desde un enfoque de justicia social, *Yatama* se distingue de *Castañeda,* en el sentido que

le fue atribuido por la Corte. En la medida en que Castañeda es un miembro distinguido de las elites mexicanas, su oposición al régimen luce *a priori* menos radical y, por ende, menos apremiante desde un enfoque normativo (porque no sufre discriminación material, simbólica o institucional).[153] En resumen: no toda oferta del mercado político abona *per se* a la pluralidad, amplía la libertad del público o genera auténticas alternativas. Un régimen debe ser particularmente sensible para visibilizar sobre todo la oposición que lo amenaza y que le disputa su hegemonía.

IV. Corte Interamericana, libertades civiles y democracia

La Corte IDH adopta una interpretación de ciertos derechos civiles que vincula directamente con los derechos políticos y la democracia, como las libertades de expresión, reunión y asociación, e incluso también de otros derechos que no parecen estar cerca de la política a primera vista, como la vida y la integridad, pero que salen a la luz cuando se tratan casos de homicidios y desapariciones forzadas de disidentes y opositores políticos.[154]

Este criterio de interpretación sistémico de los derechos políticos es sostenido por Dalla Vía (2011). En el fondo de estos asuntos lo que está en juego son los derechos y las oportunidades de constituir una oposición radical al régimen político y al gobierno que pueda disputar su hegemonía, y que por esta razón se expresa casi siempre fuera de los partidos políticos mayoritarios. Me refiero a casos como *Escué Zapata versus Colombia* (Corte IDH, 2007); *Cepeda Vargas versus Colombia* (Corte IDH, 2010a); o *Caso Chitay Nech y otros versus Guatemala* (Corte IDH, 2010b), *Pacheco León y otros versus Honduras* (Corte IDH, 2017), donde el objetivo de los atentados contra la

[153] Castañeda dirige su mensaje principalmente a "activistas de la sociedad civil y las élites del país —empresariales, intelectuales, religiosas, sindicales—". Su mensaje a los "mexicanos de a pie" es que su única vía son las candidatura independientes. Quién pueda enarbolar esta bandera es otra cosa; al final este tipo de cuestiones depende "del trabajo de cada ciudadano, de su talento, de su dinero, de su grupo civil y profesional, de los medios donde influye, y de su radio de acción en la sociedad. Para qué exagerar dicha incidencia. No todos influyen igual. Algunos son más iguales que otros". Sólo los candidatos sin partido "pueden atender la demanda de frescura, sencillez y en ocasiones hasta de insolencia por parte de la sociedad mexicana. Nos haría bien, y yo, por lo menos, me divierto haciéndolo". Uno dudaría de que la participación de las comunidades indígenas u otro tipo de opositores y disidentes sea autocomprendida como un divertimento, como demanda de frescura e insolencia en la vida pública. Castañeda (2016).

[154] Sobre este tema, Corte IDH (2018).

vida y la desaparición forzada de personas fue impedir el ejercicio de los derechos políticos.[155]

En *Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Corte IDH (2010a) asoció la violación de derechos políticos con las libertades de expresión, de reunión y de asociación (artículos 13, 15 y 16 de la CADH), y enfatizó que estos derechos "son de importancia fundamental dentro del Sistema Interamericano por estar estrechamente interrelacionados para posibilitar, en conjunto, el juego democrático" (par. 171). Cepeda era un comunicador y parlamentario, razón por la que la Corte optó por no escindir sus actividades para determinar cuál fue la causa de las violaciones alegadas: sus publicaciones como comunicador social o su militancia política de oposición como líder del Partido Comunista. Lo interesante en este caso, para abonar al enfoque de la política pluralista radical, es el interés especial de la Corte, de garantizar la libertad de expresión, principalmente de las ideas "que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población" (par. 172). Por ende, resalta "que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática" (par. 173). Las amenazas y la desprotección del Estado se tradujeron en restricciones indebidas a sus derechos políticos, su libre expresión y asociación, "pero también en un quebrantamiento de las reglas del juego democrático" (par. 177). Siendo un tribunal de derechos, es importante como perspectiva hermenéutica el acento que se pone en la participación en el sistema político y la democracia, más allá del aspecto individual de protección hacia la persona como una inmunidad. De nueva cuenta se hace presente la idea de autogobierno, la autonomía pública como cooriginaria de la privada personal.

A este caso se debe añadir en el mismo sentido *Chitay Nech y otros vs. Guatemala.* En éste, la Corte IDH (2010b) observa un "patrón de hostigamiento contra la población considerada «enemigo interno», en su mayoría mayas" (par. 108). En el móvil de la violencia la Corte considera acreditada "la intención del Estado de desarticular toda forma de representación política que atentara a su política de «Doctrina de Seguridad Nacional»" (par.

155 Aunque en la muerte del señor Pacheco no se acreditó responsabilidad directa de los agentes estatales, observa la Corte IDH que el Estado debe disponer medidas para garantizar las condiciones adecuadas para su pleno ejercicio, y en consecuencia debe "prevenir afrentas a la vida de una persona por su actividad política". De la obligación de garantía "se desprende un deber de medio o de comportamiento, no de resultado, de prevenir que particulares vulneren bienes protegidos"; o sea, "de proveer medidas eficaces para garantizar la realización de procesos electorales adecuados, y estas pueden implicar acciones de seguridad o protección respecto a candidatos u otras personas intervinientes en dichos procesos" (Corte IDH, *Pacheco León y otros vs. Honduras,* 2017: parr. 155, 156 y 158).

108). El grave problema de la subrepresentación de los pueblos indígenas en situaciones de desigualdad y exclusión es constatado como déficit de un Estado plural y democrático. La desaparición forzada y selectiva de Florencio Chitay lo privó del derecho de participar en política en su comunidad: "resulta irrazonable que siendo la población indígena una de las mayoritarias en Guatemala, la representación indígena, a través de sus líderes, como Florencio Chitay Nech, se vea truncada" (par. 116).

Bajo estas luces, no sólo es distinto el caso Castañeda Gutman al de la comunidad indígena Yatama por criterios de multiculturalidad, vulnerabilidad, marginación y exclusión sociales, sino también es diferente a casos como Cepeda Vargas o Chitay Nech, por su condición de opositores radicales al régimen, es decir, por razones estrictamente políticas. A juicio de la Corte IDH, Jorge Castañeda tuvo siempre al alcance alternativas sencillas de participación, y nunca estuvo bajo amenaza su integridad. Además, contaba con medios para expresar libremente sus opiniones:

> …se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato (Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. México,* 2008: par. 172).

Me parece que éste es el significado más auténtico del término "poliarquía" propuesto por Dahl. Pese a que sus propuestas han sido interpretadas reductivamente, como si su interés fuera justificar un diseño particular de instituciones electorales o partidistas, su motivo principal consiste en señalar "las condiciones que permiten a la oposición al gobierno organizarse abierta y legalmente en partidos políticos y enfrentarse a él en elecciones libres e imparciales" (1989: 13). Przeworski ha expresado que existe un sentido en que las elecciones y los sistemas de partido domestican a la oposición al procesar pacíficamente los conflictos; pero eso es sólo posible "cuando no hay mucho en juego en ellas y cuando las fuerzas políticas en pugna aprenden mediante la experiencia que no hay tanto en riesgo" (2019, cap. 10). Y siguiendo a Mouffe (2014), se podría decir que cualquier oposición al gobierno debe ser protegida; pero el sistema político tiene que ser especialmente sensible y cuidadoso con la oposición que sea más desafiante: la que amenaza no sólo la conformación y las políticas del gobierno en turno, sino

incluso las que cuestionan la legitimidad y la equidad de los procedimientos de la competencia.

Los casos de la Corte IDH relacionados con derechos políticos, como Yatama o Castañeda, y los de libertades civiles revelan una comprensión de la idea de democracia representativa consistente con la CDI y con las concepciones liberales, pluralistas y competitivas que han prevalecido en la ciencia política y en las Constituciones de la región latinoamericana en los últimos años, tras la llamada "tercera ola" de transiciones democratizadoras. Resulta empero pertinente comprender la democracia con una perspectiva diacrónica para señalar los valores que la han hecho históricamente posible, así como los aterrizajes institucionales que la propician o la entorpecen. Sobre todo en el contexto presente, de una crisis severa de legitimidad, con amenazas a la estabilidad de regímenes electos democráticamente (Przeworski, 2022).

Aunque indudablemente muchos reclamos hacia las autoridades electas merecen atención porque se fundan en razones de justicia sustantiva, redistribución socioeconómica, reconocimiento cultural o fortalecimiento de la participación política, conviene tener una idea precisa de los valores y principios democráticos mediante los que se evalúa no solamente el *qué*, sino también los *quiénes* y los *cómos* de los procedimientos de toma de decisiones. Bajo este enfoque, se hace visible la responsabilidad de los tribunales, así como las bases de su legitimidad en el contexto de los sistemas de protección de los derechos y de la democracia regionales. La validez de su respuesta depende de su capacidad de operar de modo coherente frente a las situaciones novedosas, así como los riesgos y los casos futuros que la ciudadanía latinoamericana deba enfrentar.

V. La dimensión política de los derechos: consulta y acceso a la justicia

Los casos de derechos de los pueblos indígenas y tribales tratados por la Corte IDH han puesto énfasis en su condición de desventaja estructural, social, económica y cultural. Es decir, como una población vulnerable. De modo especial se han destacado problemas de discriminación, marginación y pobreza. Sin embargo, en el *caso Yatama vs. Nicaragua* se reconocen específicamente los derechos políticos de las personas y de los pueblos indígenas para participar en forma proporcional en los asuntos públicos según sus tradiciones, usos y costumbres. El resto de los casos fueron juzgados como afectaciones a otro tipo de derechos: propiedad, vida digna, libertad de con-

ciencia y religión, integridad, uso de su idioma, etcétera (Quintana Osuna y Góngora Maas, 2017).

En este apartado retomo una idea de Stavenhagen (2004), para quien la mayor parte de las demandas de las personas y pueblos indígenas no son de redistribución económica o de reconocimiento cultural, sino demandas específicamente políticas. La mayor parte de sus reclamos son asuntos políticos y de derechos. Desde esta perspectiva, en relación con la democracia, los casos de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales ganarían una comprensión diferente si se apreciara su dimensión pública: se trata de un mecanismo de acceso a la justicia, y ostenta una cualidad participativa frente al poder, con independencia del contenido de las pretensiones. Se degrada el estatus ciudadano de las personas y pueblos indígenas cuando se asimilan sus derechos políticos para participar en los asuntos que les conciernen, que son derechos-poder constitutivos, con otros derechos, como son la propiedad de sus tierras, que son derechos-inmunidad. Aunque éstos sean bien importantes, admiten ser disfrutados en forma pasiva. En relación con lo dicho, expresa Butler:

> Seguramente, el reclamo de tierras robadas es crucial para muchos movimientos indígenas, y sin embargo, es algo diferente a la definición del sujeto como uno que se posee a sí mismo y a su mundo objetivo, y cuyas relaciones con los otros son definidas por la posesión y sus capacidades instrumentales. El movimiento de reclamo de tierra es uno que implica a la gente trabajando junta, reconociendo un modo común de sojuzgamiento… si cierto tipo de movilización política, incluso uno contra la desposesión de tierra, está basado en la idea de una interdependencia social, o en modos de pertenencia que a veces busca sus recursos en la lógica de la soberanía…, esto sugiere que los reclamos de tierra trabajan con y contra las nociones tradicionales de soberanía (2017: 46).

Por lo tanto, si se mira la consulta previa con la perspectiva amplia que se refiere al sistema político, el tema de la democracia es ineludible, porque las consultas se refieren a los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos, bajo el entendimiento de que sus integrantes están subrepresentados y, en este sentido, que quizá hayan tenido menos oportunidades efectivas de hacer escuchar sus voces y visibilizar sus posiciones en un escenario de competencia política regular. Su desventaja como minorías, su insularidad y sus diferencias justifican adicionar un procedimiento de tipo participativo-deliberativo al marco de las democracias representativas. Su objetivo consiste en revisar las normas y las políticas para tomarse en serio las razones expuestas por personas y grupos cuya exclusión se presume des-

de un punto de vista heurístico.[156] Son estas personas y grupos las fuentes detonadoras de la conversación más confiables.

Llama la atención que cuando las personas, los pueblos y las comunidades indígenas hacen una demanda relativa a sus territorios ancestrales, les sean atribuidas casi siempre conexiones "espirituales" con esos territorios. Su cosmovisión e identidades culturales y espirituales son puestas por delante: "Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y *espiritual*".[157] Aunque este tratamiento judicial sea bienintencionado, disimula un menosprecio por las demandas indígenas como son hechas explícitas por los propios pueblos, y que en consecuencia no se toman en serio. Esto ocurre, verbigracia, en *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Corte IDH, 2001), *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Corte IDH, 2005b),[158] *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (Corte IDH, 2012), y *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs Honduras* (Corte IDH, 2015a). En éste se lee: "Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras" (par. 166).[159]

Para la Corte IDH, en todos estos casos lo más relevante, en relación con el derecho a la consulta y la consecuente afectación a las propiedades de las comunidades y pueblos es el derecho a la identidad cultural; es decir, la dimensión del reconocimiento —en términos de Fraser—. Pero esto es problemático, porque en la mayoría de los casos las comunidades y pueblos reclaman la protección de sus derechos y libertades fundamentales: no ser

---

156 Esta presunción apriorística, pero derrotable, no es para nada irrazonable. Puede ser justificada al menos de dos formas; a partir de los llamados motivos prohibidos de discriminación o categorías sospechosas (sexo, raza, religión); o con base herramientas estadísticas que visibilicen niveles desiguales de bienestar y satisfacción de derechos desagregando por grupos de población para descubrir los patrones de desventaja.

157 CIDH (2009), *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* 30 de diciembre, par. 1 (énfasis añadido).

158 "La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural" (par. 135).

159 Asimismo (Corte IDH, 2001: par 149).

despojados del disfrute, posesión o propiedad de sus territorios. De igual modo, con el derecho a la consulta, desde esta interpretación prodemocrática, se demandan oportunidades efectivas para ejercitar sus derechos políticos de autogobierno y autodeterminación. Así entendida, por tanto, la consulta conecta con el acceso a la justicia como un derecho tipo "llave" para reclamar cualquier derecho, un instrumento clave de la democracia que se propone con miras a maximizar la participación inclusiva igualitaria y la oposición plural de un sector de la población, que de otra manera la tendría vedada.

Clérico y Aldao (2014) han ensayado aplicar la propuesta de Fraser, de pensar la justicia en distintas dimensiones: redistribución económica, reconocimiento cultural y representación política en relación con el sistema interamericano de derechos humanos. Recuérdese que originalmente Fraser planteó la necesidad de complementar la redistribución con el reconocimiento, al tenor de los debates generados por el feminismo y el multiculturalismo, pero más tarde incluyó otra dimensión específicamente política asociándola con la representación en términos de paridad participativa. Esta idea connota que las personas tengan los mismos derechos y oportunidades efectivos en los ámbitos donde se toman las decisiones, de modo que hace relevante el problema del enmarque de las leyes y las políticas públicas: el *quién y cómo* en la hechura de las decisiones.

A diferencia de la idea de Clérico y Aldao de pensar la "igualdad como redistribución/reconocimiento *para lograr* paridad participativa" (2014: 221), aquí se considera que el acceso a la justicia ante la Corte IDH, con ciertos favores procesales y hermenéuticos para los grupos desaventajados, debe ser comprendido *per se* como un instrumento democrático, no *contra*-democrático. Es decir, se debe pensar la consulta previa como un mecanismo de paridad participativa que se justifica como cuestión que es al mismo tiempo redistributiva (por tratar de grupos pobres y marginales) y de reconocimiento (por su distinta identidad cultural frente a la sociedad hegemónica). Pero no es que redistribución y reconocimiento sean medios previos para lograr la igualdad participativa, *sino lo contrario*: un régimen constitucional debe garantizar condiciones equitativas para que todas las personas puedan participar efectivamente siempre aquí y ahora.

El problema de la participación de las personas y grupos vulnerables aparenta vicios de circularidad:

> La clave para la reconstrucción del principio de igualdad es, entonces, desde esta perspectiva, la *participación* que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento. Nadie puede participar de una argumentación

> mientras se encuentre privado de condiciones de existencia digna (redistribución), o bien, cuando ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento). Por otro lado, *ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad,* como es el caso, en el contexto interamericano, de los pueblos o comunidades indígenas (Clérico y Aldao, 2014: 235-236).

Sin embargo, con independencia de la vulnerabilidad de las personas y de los déficits participativos que se les puedan imputar, no se debe nunca prescindir de lo que cada quien tenga que decir sobre las decisiones que le afectan. La perspectiva única de cada individuo en el mundo nadie la puede ocupar ni sustituir; de esto trata la dignidad humana como estatus. En consecuencia, "el debate democrático no debe ser un debate «sobre» los ciudadanos, sino un debate «con» ellos" (Clérico y Aldao, 2014: 261). Hay que tener en cuenta sus voces y no solamente interpretar sus intereses.

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observan que la desigualdad entre las partes en un proceso determina el deber de los Estados, de adoptar las medidas necesarias para retirar los obstáculos al ejercicio de los derechos. Proponen en materia de acceso a la justicia el "principio de igualdad de armas" como un elemento constitutivo del debido proceso. El acceso a la justicia como derecho con una dimensión político-democrática se traduce en un poder de la ciudadanía en una connotación incluyente que toma en consideración a personas y pueblos indígenas. La Corte ha asumido esta interpretación novedosa en *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*:

> Al respecto, la Corte recuerda que el artículo 23 de la Convención Americana dispone el deber de gozar de los derechos y oportunidades "de participar en la dirección de los asuntos públicos…". En este sentido, la participación en la conservación del medio ambiente para las comunidades indígenas resulta no sólo en un asunto de interés público sino parte del ejercicio de su derecho como pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus derechos, de conformidad con sus procedimientos e instituciones (Corte IDH, 2015b: 196).

Lo relevante de esta sentencia respecto de otras anteriores sobre estos temas es el vínculo que la Corte IDH estipula entre el derecho de propiedad colectiva, la consulta y los derechos políticos del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Que las personas, pueblos y comunidades indígenas no cuenten con medios de control sobre sus terri-

torios viola sus derechos de propiedad, identidad cultural, pero también sus derechos políticos.

El sentido de la sentencia es original, porque en un asunto anterior, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (Corte IDH, 2012), pese a que la Comisión IDH y los representantes alegaron también una violación al artículo 23 de la Convención e indicaron como punto relevante el "control democrático de la gestión estatal respecto de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas, un asunto evidente de interés público"; no obstante se acotó la decisión a violaciones relativas a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural, y no se pronunció sobre la violación de los derechos políticos.

Por lo tanto, *Kaliña y Lokono vs. Surinam* abre una vía fértil para interpretar en el futuro este tipo de casos de consulta previa con un enfoque de derechos políticos, que sería coherente con la concepción de constitucionalismo que este texto defiende. La poliarquía de Dahl proyecta dos principios que destacan en esta interpretación de la Corte IDH: la participación de todas las personas y grupos, que expresa la dimensión igualitaria, y las garantías a la oposición, incluida la más radical: disidencia, desobediencia, resistencia al derecho y protesta social, que expresan su dimensión liberal.

Bajo esta perspectiva, en virtud de la normas de interpretación señaladas por el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de emplear una hermenéutica integral que no excluya derechos y garantías que derivan de la forma representativa de gobierno, conviene hacer explícita la responsabilidad política de la Corte IDH, con independencia de la materia de las demandas; más allá de que éstas puedan o no referirse estrictamente a derechos políticos, porque todos los derechos poseen una dimensión política que se revela a modo de ilustración en los casos analizados en el acceso a la justicia como un derecho de participación que exige respuesta de parte de las autoridades estatales. A lo largo del texto se ha llamado la atención sobre las condiciones de desventaja estructural de determinadas personas. Esto no significa que los principios democráticos importen exclusivamente para los peor situados. No obstante, su condición permite orientar con más claridad en casos prácticos el sentido de los ideales de participación y oposición.

En las relaciones entre Estados y tribunales internacionales hay que tener presente que los sistemas de protección de los derechos y del régimen democrático se echan a andar en momentos de conflictos y desarreglos. Por ende, parece mejor como estrategia hacer visibles las posiciones de los agentes para evaluar sus capacidades de participar, transmitir sus demandas

y recibir una respuesta justificada. El derecho de acceso a la justicia confiere a las personas un estatus público libre e igual.

Por otra parte, la ruta de mirar conjuntamente derechos y democracia conduce a leer la infinidad de reclamos en la esfera pública como expresión del pluralismo social y, en este sentido, a juzgarlos con un propósito deliberado de inclusión y acomodo en la mayor medida posible, por extravagantes que dichos reclamos parezcan a primera vista. De modo especial se deben proteger las voces opositoras, las críticas de quienes disienten o son afectados por las normas y las políticas públicas, y de quienes han estado excluidos de la vida pública. Tal vez sean necesarios ejercicios de traducción intercultural en los casos de pueblos indígenas, o ajustes procesales, como la redistribución de cargas probatorias a favor de determinadas posiciones, ajustando los procedimientos razonablemente para equiparar las oportunidades de las partes —la igualdad de armas que connotaría el valor equitativo de las libertades políticas según Rawls—. En esto consistiría la dimensión política de la libertad como horizonte hermenéutico de los jueces.

De todos modos, esta propuesta de pautas interpretativas de la democracia y de los derechos humanos no es la única plausible, y puede convivir con otras en paralelo. Su finalidad y sus alcances prácticos son bien específicos: tiene que ver con comprender la responsabilidad política de la judicatura en la tarea de apuntalar el régimen constitucional favoreciendo los valores de autonomía y autogobierno. De acuerdo con lo visto, dichos valores aterrizan institucionalmente en los principios de participación igualitaria y oposición libre. Habrá un sinnúmero de asuntos que no tengan que ver con el régimen político de manera directa; sin embargo, todos implican una elemental capacidad de participación de los sujetos para dirigir sus demandas a los tribunales avivando la conversación democrática.

Una noción democráticamente orientada de la actividad judicial internacional según Bogdandy y Venzke implica, para ganar legitimidad, que el último anclaje deben ser los individuos cuya libertad está afectada por la decisión judicial, aunque sea indirectamente. En consonancia con el proyecto cosmopolita y reflexivo de Kant, señalan: "Tal fórmula podría ser leída en el sentido de estar dirigida a sus ciudadanos en sus diversos roles: como ciudadanos de un Estado, como ciudadanos de la Unión, como ciudadanos del mundo" (Bogdandy y Venzke, 2016: 332).

Capítulo quinto

TRIBUNALES, JURISTAS, FILÓSOFOS Y CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO

Manuel Atienza ha dicho que su proyecto original era desarrollar una completa teoría argumentativa del derecho, pero que se limitó a estudiar las tres concepciones de la argumentación (formal, material y pragmática) que ayudan para responder a tres grandes preguntas: "cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en el Derecho". Luego expresa: "a ello habría que añadir el estudio de los diversos contextos que caracterizan a la argumentación jurídica y de los límites —inevitables, pero quizás no inmediatamente obvios— de ese enfoque" (2006: 7).

Es un gran acierto caracterizar el derecho como una práctica argumentativa frente a un entendimiento corriente del derecho desde sus textos y su doctrina. En todos los ámbitos de la experiencia jurídica el derecho es típicamente argumentativo, sea la judicatura, la legislatura, la administración o la academia. Una de las ideas centrales de este texto es tratar las Constituciones desde el enfoque de las prácticas, antes que desde el habitual formalismo o dogmatismo de los juristas. En Latinoamérica, Atienza ha sido de gran influencia en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, y, desde ahí, en la discusión de las formas de ejercicio de la razón útiles al constitucionalismo democrático.

Mi sospecha empero es que, en el tránsito de las concepciones de la argumentación en la adjudicación jurídica ordinaria, a una reflexión más amplia de la deliberación democrática en sede constitucional como un entorno argumentativo mayor —el "uso público de la razón" (Kant); la "acción comunicativa" (Habermas); la "razón pública" (Rawls); o la "conversación entre iguales" (Gargarella)— no se atiende la prevención de Atienza de revisar los distintos contextos argumentativos y sus límites.[160] Cabe preguntar

[160] Vega Reñón propone como concepción adicional de la argumentación una socioinstitucional, que podría completar la clasificación de las concepciones formal, material y pragmática (2016, 2017). En el mismo sentido, Pereda expresa: "tal vez otra expresión para hacer referencia a la cultura de la argumentación es la ya aludida «cultura de la responsabilidad institucional». ¿Por qué? Con tal expresión se busca subrayar tanto el carácter social de la

si los iusfilósofos que desarrollan directamente teorías de la argumentación jurídica consideran a cabalidad los diversos desarrollos de la filosofía moral, política y social que podrían ser de utilidad en zonas borrosas del derecho, en casos difíciles y trágicos y situaciones de ruptura.[161] Se requiere una argumentación constitucional normativa, pero que no esté subordinada al derecho desde el punto de vista exclusivo del gremio[162] o a una idea de moralidad sin dar cuenta cabal de sus fuentes sociohistóricas. Si disputar normas constitucionales es una práctica al alcance de toda la ciudadanía, entonces no es plausible apelar a la experticia profesional o al discurso moral para cerrar la discusión jurídica como pretenden algunas versiones neoconstitucionalistas, postpositivistas, o iusmoralistas del derecho. Lo anterior, porque en este tipo de discusiones habrá que tomarse en serio concepciones alternativas no doctrinales, pero razonables, de los derechos y del régimen democrático —*ecuménicas* las he llamado—. En términos de Lafont (2021), que controvierten la imagen de la justicia en toga de Dworkin (2007), corresponde que cualquier ciudadano vista el traje de la justicia mediante el ejercicio participativo de la razón pública. La argumentación jurídica y

---

responsabilidad como que vivimos en un mundo articulado institucionalmente (en el uso más amplio de la palabra «institución»)" (2009: 325).

161 Llama la atención que Atienza exprese haber sido más de cuatro décadas un filósofo del derecho que no ha "huido del Derecho para refugiarse en la filosofía". A pesar de que reconoce que el derecho es una compleja institución social, sugiere que la reflexión interna desde su práctica fuera suficiente para plantear "las cuestiones más básicas de la vida social". Mi perplejidad no se suscita porque Atienza prefiera la filosofía del derecho a otras disciplinas, sino porque pretenda rebasar los márgenes de la práctica que eventualmente critica —derecho vigente, jurisprudencia, dogmática— sin conceder mayor relevancia a la filosofía y otros saberes. Parece suponer que la mirada iusfilosófica es igualmente útil en la práctica del discurso moral y para juzgar cualquier práctica social. No obstante, a lo largo de su obra da cuenta de importantes exploraciones en diversos campos del saber más allá de lo jurídico. "Una visión iusfilosófica del derecho", *https://dfddip.ua.es/es/documentos/blog-atienza/una-vision-iusfilosofica-del-derecho.pdf?noCache=1571747175982* (consultado 18 de marzo de 2022). En este sentido, creo que lleva razón Jesús Vega cuando observa que fuera del discurso técnico, de los conceptos de diferentes ciencias, hay que ocurrir a ideas filosóficas más amplias, epistemológicas, ontológicas —y agrego, a la filosofía social o la filosofía normativa *trans*jurídica—: "lo cierto es que los juristas-filósofos han seguido echando mano de filosofías generales vigentes o no tan vigentes (así, no se entendería a Kelsen sin Kant, a Hart sin Wittgenstein, a Finnis sin Tomás de Aquino, a Alexy sin Habermas, a los hermenéuticos sin Gadamer)"; eso, con independencia de que si han dado o no giros novedosos a sus propuestas (2018: párr. 10).

162 "Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes constitucionales legitimados «gremialmente» y por el derecho funcional, significaría empobrecimiento y autoengaño… La Constitución es, en este sentido, espejo del espacio público y de la realidad" (Häberle, 2003: 157).

política se deben constitucionalizar. Debe incluir la mirada pragmática de los participantes que visibilizan cada asunto como cuestiones de autonomía y autogobierno en forma simultánea. Asimismo, implica tener en cuenta la perspectiva social necesariamente intersubjetiva de la agencia, incorporada en el enfoque de las prácticas. En relación con los derechos, se estaría ante una concepción política de éstos.

Sin duda el foro judicial es un espacio importante para el diálogo constitucional. No obstante, no tiene una autoridad política indisputable, ni los juristas tienen un privilegio epistémico o práctico. De la misma forma que los defensores del control constitucional de legalidad expresan que la ciudadanía debe tener poder para oponerse a las decisiones mayoritarias de la democracia representativa —por mor de una democracia participativa y deliberativa con mejores razones—, también toda persona ha de poder desafiar las interpretaciones judiciales con independencia de si existen medios eficaces para tal efecto. Tener la última palabra no equivale a tener razón aunque haya necesidad de cerrar los conflictos caso a caso. Por lo tanto, a pesar de que los jueces sean realistas o cognoscitivistas morales, o argumenten desde valores sustantivos no puramente formales o procedimentales, no es claro cómo podrían eludir la responsabilidad política de su activismo ante la legislatura y la ciudadanía.[163] Si todas las personas merecen igual consideración y respeto, los jueces tendrían que ser autocríticos respecto de su función. Con control judicial de las leyes o sin él, los tribunales deben dialogar con otros poderes y la ciudadanía sin asumir que cuentan con una legitimidad superlativa.[164] No ver la cuestión global de esta forma hace que neconstitucionalismo, postpositivismo y iusmoralismo sean internamente inconsistentes. Lo que implican es que la validez jurídica no deriva de la vigencia de las leyes, sino de las sentencias del máximo tribunal —aunque se apresuren a señalar que no de todas—. Llegados a este punto, nótese que ha

[163] En términos empíricos se ha revisado cómo los tribunales argumentan en relación con cuestiones morales y, al parecer, al menos en el caso de la Corte Suprema en Estados Unidos, no quedan bien parados. Al respecto, Ghosh (2018: 228 y 229). Su única ventaja sería que al recurrir a la discusión moral no se distraen por incentivos análogos a los legisladores o por el ruido de la esfera pública informal. No creo que esto deba verse como una virtud democrática en los casos de desacuerdos donde no existen estándares doctrinales y jurisdiccionales. En estos casos se requiere más insumos deliberativos, no menos; ni tampoco ideas de la justicia estrechas por el lente disciplinar: "La dificultad que los observadores externos tienen para comprender el comportamiento judicial proviene en parte del hecho de que los jueces deliberan en secreto, aunque sería más exacto decir que el verdadero secreto es que no deliberan demasiado" (Posner, 2011: 12 y 13).

[164] En esta dirección apunta la "tercera vía" del constitucionalismo en Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido o Australia; Gardbaum (2013).

ocurrido un cortocircuito entre los aspectos puramente deliberativos, por un lado, y el dato positivo que confiere a los tribunales una jerarquía o cualidad especial, por otro. De los aspectos del diseño institucional y de la formación profesional en doctrinas, métodos y técnicas interpretativas básicas para la deliberación se infieren conclusiones autoritativas, no deliberativas o morales. La ficción de la voluntad popular basada en la representación mayoritaria se sustituye por otra ficción más, la de una representación meritocrática en expresión de Pettit (2013), o representación argumentativa, según Alexy (2005). De modo ortodoxo y unilateral, los juristas alineados a estas nociones del derecho, cuando disputan la validez de las normas, estipulan que la justicia "viste toga" (Dworkin, 2007), que los tribunales son "foros de principios" (Dworkin, 2012) o escenarios de "conversación socrática" (Kumm, 2007-2008, 2010).

La concepción del derecho como argumentación refiere de modo principal a la actividad de los jueces, de cuya ecuación justificativa se ha echado al legislador democrático, a la rama ejecutiva del gobierno y a la opinión pública informal. Se asume que el derecho como una actividad racional (auténticamente deliberativa) es del foro judicial y académico de juristas, no de la política (pues ésta sería puramente volitiva o desiderativa). En el constitucionalismo casi siempre se asocia la defensa de los derechos con la función jurisdiccional, antes que otras ramas de la política, sean parlamentos, administración, asambleas ciudadanas u opinión pública informal. Se asume una concepción juristocrática (Hirschl, 2004). Desde el punto de vista que se defiende, aunque las Constituciones revistan una forma jurídica, son el espacio público discursivo o gramática mediante el que se debaten las cuestiones de autonomía y autogobierno de las personas en las sociedades políticas, que han hallado normal acomodo en el lenguaje de los derechos humanos y del régimen democrático. Estos lenguajes se realizan en prácticas sociales públicas, en el sentido de que están a disposición de todos. Como se ha insistido, se trata de prácticas de naturaleza normativa, pero no estrictamente formalizadas ni sujetadas por sus versiones legalistas, jurisprudenciales o dogmáticas. Sus reglas y procedimientos atraviesan los Estados constitucionales, en sus esclusas institucionalizadas —en términos de Habermas (1998)—, pero son retroalimentadas en infinidad de nodos. Una perspectiva diacrónica puede confirmar este punto de vista; aunque claro que siempre cabe la duda acerca de qué deba ser calificado como un aprendizaje o progreso prácticos.

Por esta razón, merece la pena destacar la dimensión disruptiva de las libertades políticas, su función disputatoria. Para un enfoque participativo de la democracia deliberativa, el problema no es conocer qué significado

debe prevalecer de las normas, si el interpretado por los jueces o los representantes, sino que haya sido la ciudadanía la que trajera el caso detonando el proceso público de contestación (Lafont, 2021; Dahl, 1989; Rosanvallon, 2009). Lo que se debe visibilizar es el hecho del desacuerdo y la pluralidad de las personas que integran el pueblo, no los conflictos entre los órganos del Estado.[165] En el control constitucional y en el acceso a la justicia cotidiana no se trata de mecanismos apolíticos de individuos particulares contra el interés común, sino de un debate público entre ciudadanos. Esto no obsta para reconocer que la garantía jurídica de la oposición pueda ser instrumentalizada a través de demandas espurias y temerarias. Sin embargo, como esto no se puede decidir *a priori*, sino sólo después de su evaluación deliberativa, el diseño institucional debe ser accesible, con los menores obstáculos. Recuérdese el papel importante que han jugado los litigios estratégicos y estructurales, que a primera vista podrían ser calificados de esa forma: como espurios y temerarios. Este tipo de litigios tratan de forzar, estirar o hacer entrar con calzador interpretaciones del derecho novísimas (Fiss, 2007, 2008).

Bajo esta lógica se ha privilegiado el acceso a la justicia entendido de manera amplia —no sólo bajo la figura del control constitucional de legalidad— como un derecho constituyente que genere la capacidad de abrir el código-fuente democrático (Landemore, 2013, 2020), incluso en el ámbito internacional, como se vio en el capítulo anterior. Los tribunales cumplen la tarea de resguardar el núcleo axiológico de la Constitución, tanto en el apartado dogmático relativo al catálogo de los derechos como en el orgánico sobre la democracia. En términos de Häberle (2020), se subraya el *status activus processualis* que él deriva tanto de las nociones de tutela judicial efectiva como de *due process* angloamericano.

Dado que los participantes normales del foro judicial son los abogados y estudiosos del derecho como disciplina académica, parece natural asumir que sean también los sujetos privilegiados para conocer y explicar su sustancia y procedimientos. Es en las aulas de las facultades y escuelas de derecho donde se estudian y transmiten las normas, doctrinas e interpretaciones que en la práctica cotidiana están asentadas sin controversias aparentes. Se

---

165 Dice Ackerman: "Los politólogos tienen razón al mofarse de esta visión centrada en los jueces. *Brown* continuó siendo muy vulnerable hasta que el Tribunal Supremo fue reforzado por las políticas constitucionales durante la presidencia de Johnson. Pero a pesar de que *Brown* fracasó al integrar muchas escuelas en lo más profundo del Sur en los cincuenta, sirvió como catalizador de un debate creciente que finalmente penetró en los lugares de trabajo e iglesias, restaurantes y bares, de una forma que no es común en Norteamérica (o en ningún país, para el caso)" (2011: 49).

tiene que conocer lo que cuenta como derecho válido para determinar qué normas deben ser obedecidas, aun mediante la amenaza de la coacción, así como los casos que admiten excepciones. Asimismo, ha de entrenarse la racionalidad ponderativa y los juicios de proporcionalidad cuando se traten los conflictos de reglas, los principios u otro tipo de fines públicos legítimos, y conocer técnicas de interpretación jurídica desarrolladas en tantos siglos de doctrina y experiencia jurisdiccional local o comparada, como sus progresos más recientes.

No se pretende criticar estas funciones básicas ni desafiar la autoridad de las soluciones dogmáticas tratándose de los casos no problemáticos.[166] En la vida diaria se ha de reconocer la valiosa tarea de los juristas. Ellos tienen la responsabilidad como garantes de demandas individuales y colectivas apoyadas en leyes, de estabilizar las expectativas públicas y la certeza jurídica; esta podría estimarse su principal función. En la dogmática se interpreta el derecho en el sentido que deben entenderlo internamente sus actores. Sin embargo, conviene ampliar este enfoque. Como señala Habermas: "el derecho no regula contextos de interacción *en general,* sino que sirve de medio para la autoorganización de comunidades jurídicas que en unas determinadas circunstancias históricas se afirman en un entorno social. Con ello emigran al interior del derecho contenidos concretos y puntos de vista teleológicos" (1998: 219). Por lo tanto, la perspectiva desde las ciencias sociales "Puede hacer de la dogmática tema sociológico y juzgarla críticamente —mientras lo contrario no es posible"— (Luhmann, 2006: 296).

La cuestión es que el debate constitucional suele suceder en torno a casos difíciles, trágicos, o sobre los que pesan profundos desacuerdos, problemas públicos insuficientemente teorizados (Sunstein, 2001). En estas condiciones, tribunales, academia y gremio de juristas no poseen autoridad epistémica y práctica mayores que el promedio ciudadano para decidir en las zonas borrosas. Asumir lo opuesto no cabe en una teoría democrática participativa y deliberativa consistente. Como dice Aguiló Regla: "El jurista, cualquier jurista (teórico o práctico) no es un mero observador de un objeto acabado que existe fuera de él; es, más bien, un participante en una práctica social que con su discurso y sus acciones contribuye al desarrollo y a la conformación de la misma" (2010: 35). Éste es un territorio político en conflicto permanente donde todos los actores sociales tienen legitimidad para participar. Aunque en el plano institucional algún órgano público

[166] Qué sean casos problemáticos es un asunto que debe tomarse con cautela, ya que es posible que ciertos casos que ahora nadie disputa se aparezcan en el futuro como graves denuncias de injusticia y exclusión.

deba cerrar el diálogo y resolver los desacuerdos, por difíciles que puedan ser, vale la pena detenerse en torno al significado práctico o normativo de esta clausura. Creo que Dworkin no aprecia la fuerza de la crítica contra su forma de interpretar el derecho, que, aunque sea reflexiva, porque los jueces son conscientes de la práctica social en la que participan, no lo es empero suficiente, porque carecen de algunas herramientas imprescindibles. Dice acerca de los casos difíciles: "en los cuales el proceso de justificación se hace más consciente y explícito, más cercano a la forma totalmente reflexiva y explícita que adopta, pongamos por caso, en las clases de derecho, que no son sino otro foro, diferentemente estructurado y con otro objetivo, en el que se desarrolla la misma práctica" (2007: 60). El sesgo o ceguera del autor está en pretender que como los jueces declaran apelar a razones políticas y morales, *de facto* lo están haciendo correctamente, conclusión que resulta dudosa si se toma en cuenta la pobre formación disciplinar de los juristas en estas materias. Basta mirar los planes curriculares de las escuelas de derecho: "Con cuál teoría constitucional podemos contar, depende de la formación profesional de los juristas y, en último término, de las aulas de clase" (Häberle, 2020: 82). Es cierto que la práctica judicial puede organizar sus procedimientos para ser reflexiva, pero sin los insumos metodológicos adecuados ni democráticos será dogmática o ingenua, no tanto por mecánica o espontánea, sino por el menosprecio de otros saberes prácticos que no han sido acogidos por la jurisdicción o la academia. Estimo que Dworkin no libra esta objeción genérica, aunque ironice al respecto:

> [Se] quiere presentar a los abogados y jueces como atletas naturales e irreflexivos: artesanos instintivos que reaccionan irreflexivamente ante los problemas jurídicos decidiendo como han sido entrenados para decidir, como nadie que haya sido así entrenado puede dejar de hacer, obedeciendo las viejas prácticas de su profesión porque sería impensable no hacerlo, proporcionando justificaciones para esas reglas sólo cuando se les pide y repitiendo en tal caso las frases vacías que memorizaron en la facultad de derecho, justificaciones ociosas que nada tienen que ver con la práctica que realmente llevan a cabo, más allá de impresionar, como los libros de hidráulica en las estanterías de los fontaneros (Dworkin, 2007: 61).

Resulta simpático que en última instancia los postpositivistas sean más *positivistas* que post, y que los iusmoralistas sean más *ius* que moralistas. En el postpositivismo se critica que las leyes estatales sean *per se* fuente de validez, desconfiando del *factum* de la actividad parlamentaria y rechazando la ficción representativa. Sin embargo, trasladan dicha validez a la judicatura a partir de la idealidad de sus principios de diseño institucional (indepen-

dencia, razón pública, experticia). Es decir, sustituyen una ficción por otra, e incurren en la trampa de contrastar realidades con ideales. Se dirá en mi contra que no es cierto que los postpositivistas hagan descansar la validez en principios formales, sino en la materialidad y objetividad de los argumentos que desarrollan, incluso en la corrección procedimental. Pero el tema de fondo es que en los casos de duda el martillazo final del juez define la solución final. También se sostendrá que nunca se ha afirmado que toda sentencia sea anuncio de una decisión justa, pero la crítica persiste porque en la evaluación de los procedimientos y contenidos para determinar la validez, la fuerza definitiva reposa en la autoridad del órgano judicial, en su jerarquía institucional.[167] Esto no es sino positivismo juricéntrico, que se eleva del *paleo*-positivismo legalista.

En cuanto al iusmoralismo, mi crítica es complementaria de la anterior. Sus sostenedores rechazan el positivismo legal por estatalista. Si el derecho surge en la disputa de los intereses de la esfera política, entonces no debe ser la clave de la normatividad, ya que ésta sólo puede provenir del ámbito moral y de sus formas de argumentación —de la que el derecho es una parte especial—. Lo sospechoso es que, en forma subrepticia, en vez de que los iusmoralistas propongan instituciones democráticas para que cualquier persona pueda participar en el debate moral de la positividad legaliforme, dando insumos para mejorar la calidad deliberativa, adoptan la posición inversa de concentrar la resolución de las controversias en altos tribunales y en métodos deliberativos especializados. De modo esquizofrénico, los iusmoralistas creen y no creen en la importancia del *ius* en la cuestión de la normatividad: por un lado, no creen en el derecho creado por los órganos representativos del Estado; pero por otro, sí creen en el derecho que la formación disciplinar, jurisprudencial, doctrinal, o sus técnicas hermenéuticas y argumentativas los autorizan legítimamente a pronunciar —aunque tendrán cuidado en hablar de hallazgos de valores materiales fuera del derecho, porque adoptan realismo y cognoscitivismo ético juntos—. Expresan que el discurso moral interviene cuando el discurso jurídico se agota; pero estipulan singulares instrumentos de deliberación fuera del alcance de las personas legas. Su concepción de moralidad es sumamente curiosa: es de los juristas, no de la ciudadanía.

---

[167] Häberle interpreta la publicidad de los votos particulares en los altos tribunales como señal de que el diálogo que las sentencias interrumpen se prolonga en el infinito: esto conduce a una interpretación distinta de la jurisdicción para evitar la cristalización de lo público: "La institucionalización de los votos particulares es un reconocimiento jurídico positivo de la interpretación constitucional «abierta»" (2020: 66).

Nótese que el asunto de la separación analítica derecho-moral no está ahora a debate. Lo que critico es que los iusmoralistas hacen trampa cuando dicen asumir posiciones morales en el discurso práctico; por definición, éstas no pueden ser autoritativas, jerárquicas, formales o dogmáticas. Sin embargo, cuando se mira la teoría jurídica de los principales exponentes del iusmoralismo se nota un alto grado de sofisticación en las técnicas y procedimientos que reclaman para la discusión moral allende el derecho de los tribunales, pero que son desarrollados en el ámbito de la filosofía jurídica de manera celosa. Dworkin (1992) desarrolla una concepción integral de la interpretación, y Alexy (1997), otra de la ponderación y la proporcionalidad. Básicamente sólo el gremio de los juristas estaría en aptitud de participar en estos discursos que, no obstante, son calificados como morales, como prototipos de la razón práctica general. Ante esta situación, conviene desmitificar el razonamiento jurídico, que no es sino un razonamiento ordinario aplicado a problemas legales. Los jueces no poseen herramientas especiales para tomar decisiones correctas; como cualquier persona, deben seguir reglas puestas por otros, o apelar a formas ordinarias de razonamiento moral y empírico para arribar a sus conclusiones (Alexander y Sherwin, 2008: 234). En este terreno no cuentan con mayores credenciales.

Añado para tener presente: en el ámbito de la filosofía normativa general, autores no sospechosos de relativismo, como Habermas, Rawls o Nino, son escépticos sobre adoptar posiciones semejantes a los filósofos jurídicos iusmoralistas. Al visibilizar la coexistencia de distintos órdenes normativos, ante la pluralidad y la complejidad, paradójicamente, quienes estudian moral, política y derecho en un universo filosófico más amplio, contra este tipo de iusfilósofos, no aprueban el vínculo conceptual entre derecho y moral. Es preciso subrayar que sus propuestas no rechazan la intervención de razones que la ciudadanía aprecia como morales bajo sus doctrinas comprehensivas, pero sostienen que no existen accesos no mediados por el diálogo al mundo moral. De modo que tales propuestas para salvar su objetividad son reconstructivas (Habermas), contractuales-constructivistas (Rawls, Nino), pero no son realistas ni hacen colapsar el derecho en la moral. En cuanto al diseño constitucional, destacan la importancia superlativa de los tribunales, no se alejan de la corriente principal; sin embargo, cambian la interpretación del significado público de su misión. Por su parte, dice Lafont:

> …mi tarea más modesta al articular el argumento democrático a favor de la revisión judicial es cuestionar los supuestos subyacentes al marco conceptual en el que se suele debatir la cuestión de la legitimidad de la revisión judicial y que alimentan la impresión de que, en igualdad de condiciones,

> la democracia, por defecto, es contraria a la revisión judicial, como afirman sus críticos (2021: 477).

Pese a las críticas contra los tribunales y el gremio, este texto subraya la importancia del acceso a la justicia. Más allá de la apariencia de reformismo o conservadurismo que esta posición sugiere, porque se juzguen mejores en términos de participación democrática los movimientos sociales de protesta y resistencia, o la opinión pública de los medios de comunicación masiva y las redes, quiero visibilizar la cuestión de la agencia personal en sociedades complejas; la participación en entornos institucionales diferenciados, a menudo inhumanos.[168] Se pretende averiguar cuáles pueden ser los engranes que activen al sistema jurídico. No puedo sino hacerme cargo del hecho de que la justicia judicial, como el Búho de Minerva, "solo levanta el vuelo en el crepúsculo". Reconocer el papel de los tribunales no implica que éstos vayan siempre por delante en la apreciación de los valores constitucionales, aunque sin duda realizan una función central en la aclaración y estabilización de varios asuntos públicos controvertidos. Sigo con Lafont:

> (L)os participantes suelen adoptar una perspectiva *sincrónica* que se centra exclusivamente en cómo los tribunales pueden confirmar o anular una norma legislativa como inconstitucional en un momento determinado. Esta perspectiva es demasiado miope. La importancia total y las implicaciones de la revisión judicial solo se pueden apreciar desde una perspectiva *diacrónica* (2021: 477).

Habermas expresa que la complejidad de los diversos subsistemas con códigos distintivos representa una ganancia práctica y cognitiva. Esta pluralidad descarga de los hombros de la gente el peso de decidir todos los asuntos en clave moral mediante la que se confiere respeto y consideración a los demás.[169] La heteronomía de las normas jurídicas significa que éstas no se juzgan con valores intrínsecos según la conciencia de cada sujeto individual o colectivo. Supone en cambio que debe seguir reglas cuya fuente no es la convicción íntima, pero que merecen respeto por otras razones públicas que son apreciables. Esta disposición reflexiva requiere aptitudes prácticas y epistémicas que la modernidad impulsó. Sólo si reconozco que mis ideas

---

168 Considero que no riñen los objetivos de mi propuesta con una idea amplia de participación democrática, en el mayor número de escenarios posibles; véase Cummings (2019).

169 La actitud de evaluar cada cuestión en términos morales conlleva riesgos graves de conflicto y polarización, ya que la moral no es negociable; Malo (2021). En el derecho penal estos peligros han sido destacado por Nava Tovar (2021).

sobre lo bueno y lo justo pueden estar equivocadas tras una conversación con personas que valoran como yo sus creencias últimas,[170] podré deferir mi juicio a una institución política. Desde este punto de vista, un problema del iusmoralismo es su déficit democrático, que no tiene que ver con la dificultad contramayoritaria, sino con aspectos estrictamente normativos relacionados con el reconocimiento de la dignidad participativa y del poder de oposición de todas las personas.

En este capítulo critico concepciones del constitucionalismo que defienden la autoridad normativa de los jueces sobre la política (legislatura y gobierno), y la autoridad epistémica de los iusfilósofos en la determinación del significado de los derechos y del ejercicio legítimo de la soberanía popular. La ruta es diversa a otros textos que enfatizan el diseño institucional y se refieren a la cuestión de la última palabra entre órganos del Estado. No exploro propuestas de que sean las asambleas representativas el epítome de la participación, ni las versiones de democracia directa y popular sin filtros institucionales. Con la noción de reflexividad sugiero que la elección de un diseño depende de cuestiones empíricas y contingentes relativas al desarrollo histórico de los Estados nacionales, más que de principios. Se trata de enfoques de ingeniería social-constitucional.[171] Cuando en las discusiones académicas no se crean enemigos de paja a modo, subsiste un acuerdo suficiente para el trato de los asuntos prácticos críticos y urgentes. Aunque el debate de los principios se debe profundizar, existe una base normativa relativamente estable, un debate de familia entre las ideas liberales igualitarias, republicanas y socialistas. A ellas ha de sumarse el feminismo como un enfoque normativo que ha transformado la comprensión de lo público en todas y cada una de nuestras concepciones de justicia. Más que en los diseños institucionales, me centro en discurrir de la racionalidad práctica.

En la primera parte observo una forma dominante de argumentación jurídica en el constitucionalismo actual. En varias versiones neoconstitu-

[170] Rechazo definir en automático como morales las creencias que las personas defienden como últimas razones. La sugerencia de que la autonomía normativa esté atada a una cuestión empírica y contingente es un grave error. Bajo el pretexto de la autonomía, moral sería lo que cada persona pueda interpretar, sin medios de control. Creo que el error se debe a una versión ingenua del subjetivismo y de la filosofía de la conciencia que el giro pragmático y lingüístico en filosofía y ciencias sociales debería haber corregido tiempo ha.

[171] Lamo de Espinosa señala: "la estrategia de intervención que he llamado «ingeniería social», transforma al científico en aras de su propia eficacia, no en el espejo a través del que la sociedad reflexiona sobre sí misma, sino en la conciencia alienada y extrañada de la comunidad que estudia, pues sería este extrañamiento la garantía de su propia cientificidad" (1990: 136). En concreto: a menudo la discusión académica se torna alienante en términos normativos, sujetándose a criterios de validación empíricos y predictivos, demasiado contingentes y fortuitos.

cionales, postpositivistas y iusmoralistas se trata de recuperar el discurso moral para solucionar las controversias jurídicas en casos problemáticos, en desacuerdos normativos profundos y persistentes. Se niega un punto central del positivismo, que es la separación analítica entre derecho y moral: la validez de normas jurídicas no depende de su fundamento moral (Bobbio, 1993). Las leyes pueden ser injustas sin perder validez, entendida ésta como pertenencia al sistema vigente. Ningún orden tolera interrupciones y confrontaciones constantes; sin embargo, la Constitución debe quedar abierta mediante procedimientos que sean accesibles y eficaces. Que haya solapamientos entre el derecho y otros sistemas de normas se entiende por cualquier positivista. Sin contradicción analítica o performativa se puede tener una actitud crítica hacia normas vigentes que sean injustas. El mero hecho de convivir y cooperar grupalmente requiere adoptar un compromiso prudencial —porque uno puede estar equivocado—, si no un consenso normativo riguroso en aquellas instituciones que lo hacen posible. Recurrir de inmediato al discurso moral ante desacuerdos jurídicos y políticos profundos es una salida en falso, porque implica un retroceso de la reflexividad exigida como cualidad práctica y epistémica de las personas frente a la complejidad del mundo moderno.

Sin embargo, debo ser enfático en esto: no rechazo que el discurso moral tome parte de la deliberación pública, como cualquier otro punto de vista normativo pertinente. Si se mira la cuestión en perspectiva diacrónica, sin excesivos prejuicios trascendentales, ante genuinos conflictos normativos aquí y ahora debe prevalecer la mejor razón que los participantes determinen en cada situación, sin clausurarla. Lo que señalo es la obligación de visibilizar los enfoques particulares de todos los argumentadores; el imperativo de ser reflexivos sobre los condicionamientos empíricos de los juicios subjetivos que se califican como morales, y que son independientes de las concepciones ontológicas y epistemológicas que cada uno tiene: ser realista o cognoscitivista. Mi crítica es estrictamente pragmática, y refiere a la falta de disposición de las personas de revisar sus convicciones íntimas —que Atienza junto a otros iusmoralistas identifica como las últimas—[172] o se asumen por descontado como vinculantes (Celano, 2020: 181 y 182). Este es, también, el caso de Dworkin:

> …el valor de integridad que deberíamos atribuir a la práctica jurídica fluye del nivel doctrinal al de aplicación judicial, ya que entiendo que la integridad

[172] Desarrollo estas ideas en Sahuí (2015). En el prólogo a esa obra colectiva, el profesor Atienza realiza una crítica amable de mi trabajo, pero creo que no toca el núcleo de mis objeciones. Alguna respuesta de mi parte se relaciona con lo que aquí expreso.

> requiere que en algunos casos, incluyendo éste, los jueces atiendan a la moral para decidir tanto cuál es el derecho aplicable como la manera de cumplir sus responsabilidades como jueces. De nuevo, la diferencia no se da entre teorías que incluyen la moral y otras que la excluyen, sino entre teorías que introducen la moral en diferentes niveles de análisis con diferentes consecuencias para la valoración política *última* en la que culmina una teoría jurídica completa (2007: 31).

Para Dworkin, en el nivel iusfilosófico, independiente del concepto doctrinal del derecho, para valorar la práctica jurídica global "la moral figura de modo inevitable" (2007: 23). Sucede lo mismo en el plano de la aplicación judicial del derecho: "en el que aparece la cuestión de si las autoridades políticas, de quienes en general se espera que apliquen el derecho, deben hacerlo en ciertas situaciones. Por supuesto se trata de una cuestión política y por ello moral" (2007: 29). Más allá de la identificación de órdenes normativos que asume (política = moral), el problema es que cuando se repara en la fenomenología del discurso moral, aunque sus promotores apelen al universalismo, en los hechos suelen ser reacios a contrastar sus juicios con los demás, a quienes acusan de interesados, equivocados o culturalmente sesgados: la moral objetiva coincide con la suya propia. Confunden el peso de los argumentos con la aprehensión que sienten por ellos.[173] Dado que nadie es inmune a los obstáculos epistemológicos, toca mantener una actitud reflexiva, una distancia saludable de nuestros ideales morales. Kant, en sus máximas del juicio, subrayó la mentalidad abierta que surge junto con los otros en un ejercicio de la imaginación representativa de ponerse en su lugar, cuando las reglas determinantes son inexistentes, inaplicables, impertinentes. Pero no defiende el relativismo moral. La traducción política del juicio reflexionante kantiano con una lectura intersubjetiva y pública la ensayó con éxito Arendt (2003, 2007; Sahuí, 2002a).

En la segunda parte, con una inquietud análoga a los iusmoralistas que demandan una apertura de la argumentación e interpretación alineadas al Estado de derecho en su versión positivista y formalista, exploro una ruta diversa, que toma en serio la idea de la unidad de la razón práctica ante la complejidad social. Piénsese los dilemas del feminismo, del antirracismo, del indigenismo, del ambientalismo, de los movimientos anticolonialismo, de la globalización o del capitalismo. Si algo tienen en común todas estas críticas al constitucionalismo es la radicalidad de sus pretensiones norma-

---

173 Villoro (1994) previene sobre las dificultades que para el conocimiento suponen las motivaciones personales.

tivas, nunca el nihilismo. Por supuesto, no ignoro la potencia de ciertas posiciones abiertamente relativistas o contextualistas; pero esto no libera al constitucionalismo del deber de combatirlas en el mismo espacio discursivo, el espacio de la razón pública; no existe un atajo, no uno democrático. Mi propósito es defender que la argumentación constitucional, en la medida en que es el escenario de la discusión política por excelencia, no debe excluir *a priori* ninguna de las razones de sus ciudadanos en la deliberación. Creo, al igual que Habermas, que el derecho es un orden legítimo que se ha vuelto reflexivo en su proceso de institucionalización bajo condiciones postmetafísicas. De modo que, igual que la moral, su validez deriva de principios que son susceptibles de justificación racional. Por lo tanto, con pretensiones de universalidad, pero sin total coincidencia entre ellos, ya que sus fines son diversos (1998: 137). Tratándose del derecho de acceso a la justicia, como un poder de contestación cercano a la poliarquía de Dahl (1989), de participación y oposición, quiero rescatar ciertas ideas desarrolladas a lo largo del texto acerca del enfoque de las prácticas como un enfoque de filosofía social reflexiva. Todo sistema de reglas puede ser objeto de crítica si se toman en serio los ideales que las Constituciones infunden en sus habitantes; pero también diré que el punto de vista del ciudadano no se agota en el discurso moral; es más complejo y plural. Las personas asimilan un sinnúmero de reglas provenientes de órdenes diversos al derecho, órdenes cuyos valores pueden reñir con los derechos y la democracia, amenazar tanto la autonomía como el autogobierno colectivo. No obstante, esta situación es un dato irrecusable de las sociedades modernas, y las personas habitan simultáneamente dichos sistemas normativos transitando entre ellos cuando es menester. Lo que sugiero es que las críticas más interesantes hacia el constitucionalismo no vendrían del ámbito subjetivo que se suele nombrar "punto de vista moral", sino de comprender esos cruces entre prácticas indispensables en las sociedades que nacieron y desarrollaron en intercambios recíprocos; verbigracia, los sistemas jurídico, económico, político, técnico-científico o cultural. Hallar intersticios para la crítica en los términos que los derechos humanos y la democracia promueven supone conocer bien la gramática de esos otros sistemas de prácticas, formales e informales. De otro modo, la crítica será ingenua y, me temo, inerme.

En la tercera parte indago por las cualidades que poseen las personas en los Estados constitucionales dado su estatus de ciudadanía. Para continuar con el enfoque adoptado desde el capítulo primero, se asume que dichas personas cuentan como agentes con capacidades de autonomía y autogobierno cuya traducción institucional son los derechos y la democracia. Esto

no significa que, *de facto*, como dato antropológico o sociológico, se pueda verificar en cada conducta participativa una acción consciente. En la medida en que nuestro enfoque privilegia heurísticamente las prácticas y huye del solipsismo, planteo que tales conductas han de enjuiciarse como los movimientos de los juegos: algunos siguen pautas ensayadas, pero también suceden jugadas originales. Por seguir con la analogía, de la misma forma que en el ajedrez, cualquier peón puede poner en jaque al rey, todas las personas pueden desafiar la instancia más alta del poder político. Ello dependerá de los roles que desempeñan en el intrincado set de prácticas que el derecho constitucional articula como pivote, nodo o esclusa. Que los derechos y la democracia atraviesen con éxito las instituciones donde se ejercen poderes sobre las personas no debe interpretarse como si las reglas de dichas instituciones se derivaran directamente de las normas constitucionales, sino que deberían ser coherentes en algún grado con sus principios sin comprometer su validez y estabilidad. Sólo las instituciones que consigan pasar este tamiz tendrían legitimidad para permanecer en los Estados constitucionales.

I. Neoconstitucionalismo, postpositivismo y iusmoralismo: la crítica democrática

Una de las formas dominantes de argumentación moral simplifica el discurso práctico y pretende que todos los conflictos normativos se pueden resolver con una gramática exclusiva y un conjunto de reglas válidas universalmente. Cuando dicen recurrir a la racionalidad moral, *de facto* las personas suelen confundir sus pretensiones particulares con la moral objetiva. El realismo ético es sospechoso: confirma premonitoriamente los valores de sus sostenedores. Creo que cierto conservadurismo tenido por progresista subyace a estas posiciones. Aunque en la discusión del constitucionalismo se acusa al positivismo como base normativa del estatalismo, y a éste como la mayor amenaza totalitaria, la denuncia moralista también puede venir de los valores hegemónicos. Cuando la sede argumentativa principal son las cortes y la academia, la deliberación constitucional difícilmente podrá eludir sesgos elitistas, sobre todo si le faltan insumos democráticos y pluridisciplinares. Es menester desplazar las claves de la argumentación jurídica de la moral hacia otros discursos normativos y prácticas con funciones de integración diferenciadas. No es claro por qué se niega que otros sistemas prácticos de reglas puedan poseer fuerza vinculante, ser motivos justificados o razones para la acción. Lo que los moralistas creen es que todo régimen distinto a la moral es

esencialmente instrumental, y el seguimiento de sus reglas es prudencial, un compromiso o acomodo utilitario.

Mi intuición es que en los Estados constitucionales los derechos humanos y la democracia son formas de integración social diversas al universo ético, pero que no son antagónicas. Al aupar los principios de autonomía y autogobierno, dichos sistemas se pueden poner en coherencia y solapar parcialmente con la moral, siempre que no se confundan. Como una mera estipulación, los moralistas defienden que exclusivamente las normas morales cuentan como razones objetivas y como motivos válidos para la acción. Estimo que ésta es una versión primitiva del entendimiento de las normas, de su naturaleza y de su fenomenología (Brennan, Eriksson, Goodin y Southwood, 2013; Bicchieri, 2006, 2019). Por eso, conviene recordar la prevención de Innerarity: no se debe apelar a la simplicidad que traslucen ciertas categorías normativas moralizantes para enfrentar asuntos de gran complejidad, circunstancias en las que se reemplaza la penuria analítica con la prescripción (2020: 16). Estimo que éste es un riesgo cuando se otorga un papel superlativo a la moral frente al derecho y la política. A fin de cuentas todo se resuelve en la moral. Comenta Dworkin:

> …podríamos entender que el derecho no es algo distinto de la moral sino una parte de ésta. Ésta es la forma en la que entendemos la teoría política: como parte de la moral entendida en términos más amplios, pero distinguible y con su propio fundamento porque es aplicable a unas estructuras institucionales específicas. Podríamos pensar en la teoría del derecho como un parte especial de la moralidad política, caracterizada por un ulterior refinamiento de las estructuras institucionales (2007: 44 y 45).

Habermas rechaza concepciones de este tipo. Subraya el carácter plural de toda comunicación y niega que los conceptos filosóficos sean exclusivos de una disciplina académica: "en todo caso no constituyen ya *un sistema capaz de apropiárselo todo*". No lo puede hacer el discurso moral ni ningún otro. En las condiciones modernas a la filosofía corresponde la tarea de cuidar la transparencia de los conceptos y descubrir en el plano metateórico concordancias y coherencias entre sistemas de lenguaje y pragmáticos: "los supuestos básicos de la teoría de la acción comunicativa se ramifican también en diversos universos de discurso; y en tales universos han de poder acreditarse entrando en los contextos de argumentación que se desarrollan en ellos" (1998: 57 y 58). Se señaló anteriormente la función de vigilancia e interpretación de la filosofía de la mano de este autor (Habermas, 1996) y se propuso una analogía entre ella y el constitucionalismo mediante las prácticas

relativas a los derechos y al régimen democrático. La idea está también en Luhmann, quien piensa los derechos humanos como instancias de diferenciación social que previenen a las discusiones prácticas "de trabas sociales o emocionales demasiado estrechas", y así colaboran en la domesticación de conflictos profundos:

> …debe crecer en el campo de la percepción el potencial de distinguir, explicar (atribuir) y reaccionar, de tal forma que desengaños en el campo de la medicina no se endosen directamente a la política; desilusiones en el ámbito familiar, a la religión; decepciones en el área económica, a los símbolos de la cultura y a los valores (2010: 111 y 112).

No resisto referir esta extensa afirmación de Luhmann:

> El jusnaturalismo carga sobre los hombros el pensamiento de la capacidad de verdad del derecho, que hace referencia a la representación de un orden relativamente indiferenciado, en el cual la ciencia social (¡y el científico social!) serían competentes para contenidos análogos de pensamiento como la religión, la moral y el derecho. Esta representación de un mundo unificado debió en esencia concebirse como inmutable, ya que no estaba tan diferenciada como para poder cambiar partes sin provocar repercusiones en otras. Por eso su problemática total aparece en el horizonte de la "naturaleza". Esta inmovilidad de la cultura ya no es factible en los órdenes sociales muy diferenciados. La autonomización del derecho de representaciones y contextos de fundamentación religiosos, morales y científicos, así como su positivización son una conquista moderna. No permiten volver atrás… Precisamente los derechos fundamentales requieren esta positivización, si han de enfocarse a resolver determinados problemas en puntos centrales específicos del orden social y, para eso, deben equiparse del modo más preciso posible (2010: 122).

Incluir en la discusión constitucional a la moral frustraría el propósito que Kant atribuía al ideal del uso público de la razón contra sus usos privados (Kant, 1992; Sahuí, 2006, 2012), o Rawls a la razón pública (2001). Se puede sospechar que ese paso hiciera colapsar la moral en el derecho constitucional, sin ventajas para ninguno de los dos órdenes. Forst (2012, 2014) destaca el derecho a la justificación como primordial, cuya cualidad central es la reflexividad. No niega la unidad del razonamiento práctico incluso en medio de la diferenciación de esferas de acción, tema donde parecen estar de acuerdo kantianos, como Forst, pragmatistas wittgensteinianos, como Boltanski, y Thévenot (2006), o hegelianos, como Honneth (2014).

Como se dijo al inicio, Atienza desarrolla una concepción de la argumentación jurídica que rechaza la separación conceptual entre derecho y moral, que atribuye al positivismo. Según Bulygin, con quien Atienza discute, se debe asumir una noción metodológica, no ideológica, de esta separación. Esto significa que "La validez jurídica de una norma no implica necesariamente su validez moral y la validez moral de una norma no implica necesariamente su validez jurídica" (Bulygin, 2006: 73); sobre todo que en términos prácticos no existe el deber íntimo de obedecer el derecho como si correspondiera al cien con la moral.

Mi punto de vista asume la tesis de la separación conceptual, pero considero que puede ser puesto en sintonía con Nino para tratar de desactivar las sospechas de relativismo moral. Nino pone en duda que exista una conexión conceptual entre derecho y moral, pero sostiene que existe una conexión justificativa e interpretativa (2007: 140). Ésta deriva de la asunción de que el derecho y la moral son convenciones en sentido análogo al que se ha desarrollado el enfoque de las prácticas en la filosofía social. Este enfoque es reflexivo, porque los participantes son conscientes de los procedimientos y las reglas que constituyen las prácticas; es decir, no se comportan en su seno como autómatas. Bajo esta mirada que asocia al constructivismo, Nino se separa de concepciones mecanicistas de las prácticas vistas como regularidades conductuales, de un modo semejante a Rawls con la herramienta del equilibrio reflexivo. Pero a despecho y más allá de Rawls, Nino defiende que el constructivismo moral sí es un medio apto para el conocimiento (1989b).[174]

Sorprende que Bulygin, dado su positivismo metodológico, manifieste que la normatividad está atada indefectiblemente con la moral, pero no con el derecho. Su punto de vista es que la validez como auténtica razón para la acción exclusivamente proviene de la moralidad: los deberes jurídicos tendrían sólo valor instrumental. Creo que el problema a este respecto deriva de entender las convenciones en un plano descriptivo, o sea, como ajenas al enfoque pragmatista aquí defendido. Ello confirma que el problema de la falta de reflexividad está relacionado —como el caso de Dworkin— con la disciplina. Su mirada incurre en un error categorial: confunde la perspectiva metodológica de las prácticas que mira a las personas como participantes conscientes, por un lado, y la del observador que descubre regularidades conductuales y trata de determinar su dinámica como fuerza integradora, por el otro.

[174] La empresa teórica de Nino sobre la teoría deliberativa de la democracia constitucional es sumamente amplia: rebasa los problemas de teoría y filosofía del derecho, incursionando en temas centrales de la filosofía moral y política (Gama, 2019: 177 y 178).

Creo que es posible adherirse a la validez de normas desde valores típicamente políticos, no morales. En algunos casos no se puede afirmar que sentirse internamente obligados por las normas jurídicas o políticas conlleve una actitud meramente prudencial, instrumental o hipócrita. Las personas pueden asumir fuero interno que deben cumplir con esas normas y derivar esta obligación de disposiciones pragmáticas o epistémicas meditadas. Por ejemplo, pueden ser conscientes de obstáculos cognitivos derivados de cegueras, sesgos y prejuicios (Fricker, 2017; Kidd, Medina y Pohlhaus, 2017), como del ruido (Kahneman, Sibony y Sunstein, 2021) que dificulta hallar soluciones objetivas comunes a los problemas. Esto generaría una disposición abierta para revisar las propias creencias, aun las más firmes, cuando se esté enfrente de normas cuya legitimidad no haya sido derrotada en el foro público. Observa Nino: "la aceptación de las decisiones democráticas no implica someterse a un imperativo o una prescripción, sino dejarse guiar por una presunción epistémica" (1989a: 132) —en *dejarse guiar* radica el juicio normativo—. La defensa de la democracia como mejor sucesora del discurso moral se entiende desde el constructivismo: en este paradigma las verdades prácticas son relativas e internas a los ideales morales particulares, siendo quizá inválidas para quienes no asuman sus presupuestos:

> Esto significa que hay una suerte de relativismo que una posición constructivista está comprometida a aceptar: posición que… llamé del "relativismo conceptual", por la cual el significado, la verdad y validez de los juicios morales son relativos a las reglas y la estructura que subyace a la práctica social o la institución del discurso moral (Nino, 1989b: 161).

Por lo tanto, creo que puede haber buenas razones para obedecer el derecho fuero interno sin recurrir a la moral,[175] pero esta idea exige no pensar a la moral como coextensa con la conciencia individual entendida en términos solipsistas. Cuando se mira a los sujetos en un entorno de prácticas normativas, como moral, derecho, política o economía, que expresan más que regularidades conductuales, se debe asumir que sus participantes son capaces de reflexionar sobre el sentido global de cada práctica como observadores que suspenden sus juicios inmediatos porque no pueden captar la realidad desde ningún afuera, y como agentes-participantes respecto de las reglas y los movimientos tenidos por válidos en las situaciones concretas. El enfoque de Habermas es que derecho y política evolucionaron de manera

[175] La noción elemental de normatividad para Raz (1991), que comparten moral, derecho y política como ramas de la filosofía práctica, consiste en que *todas ellas* funcionan como razones para la acción.

paralela a la moral y comparten los mismos presupuestos postmetafísicos o postconvencionales. De modo que no se les puede acusar de estar atrapados histórica o culturalmente frente a una moral libre de ataduras contextuales. Al igual que las normas provenientes de las reglas del derecho y del régimen político, las reglas morales han de desahogarse caso a caso mediante razones públicas; no existe otra ruta. También la moral se debe poner bajo sospecha. En estos órdenes los sujetos modernos deben ser conscientes del posible fracaso de sus pretensiones debido a que sus puntos de vista son parciales de modo inevitable, por la complejidad.

Aunque no todo el derecho merece la deferencia ciega de la ciudadanía, el resorte de la crítica pública no puede ser la vía de la moralidad, ya que en las discusiones prácticas ésta adolece de los mismos problemas causantes de vicios y errores de juicio que cualquier otro orden. La moral no es un dominio transparente e indisputado sobre el que exista un acuerdo mayor que en el mundo jurídico. Insisto: empírica y fenomenológicamente para las personas la moral objetiva y los hechos morales tienden a coincidir con sus creencias íntimas más caras. De modo que acusar la invalidez de normas jurídicas calificadas como injustas a partir de razones morales, desde el punto de vista pragmático, no es sino un ardid retórico, ya que no existe forma de resolver estas discusiones fuera de las razones públicas del Estado constitucional, en donde el discurso de los derechos y la democracia desempeñan un papel central. El riesgo es que apelar a la moral oscurece los problemas públicos en litis, porque se carece de consensos explícitos sobre este orden normativo, aunque sea uno puramente traslapado como Rawls. Detrás de esta forma de proceder corriente en la jurisdicción se esconde el peligro de regresión a un sistema social situado en una fase menos desarrollada, un orden colectivo con pretensiones de integración sobre valores últimos que tienden a ser conflictivos por la adhesión emotiva e identitaria que concitan (Luhmann, 2010: 309). Esto no sería problemático si neoconstitucionalistas, postpositivistas y iusmoralistas se acogieran en cuanto a la justificación a un procedimentalismo tipo Habermas, o al constructivismo de Rawls o Nino. Siendo en su mayor medida realistas, el problema es que no indican las fuentes en las que abrevan sobre los hechos morales. Estipular que son morales las últimas razones que tienen para actuar es una cuestión contingente, que no es adecuada para tratar el problema de la justificación y la normatividad. Hace falta un método aceptado para decidir verdad y corrección de las normas.[176] Al respecto, dirá Bulygin:

[176] Para Nino, por ejemplo, en el paradigma constructivista las verdades morales son relativas e internas a una concepción moral singular, pero pueden quizá ser inválidas para quie-

> ¿Cómo sabemos que es verdad que una norma que carece de fuente social es moralmente correcta? A falta de un criterio intersubjetivo para decidir cuándo una norma es moralmente correcta y la ausencia de tal criterio se debe a que las pautas morales son inherentemente controvertidas, cuando un juez debe decidir si una norma es moralmente correcta o no, tendrá que recurrir forzosamente a lo que él cree correcto (2006: 67).

Atienza defiende que suspender la cadena de razones en apoyo a una decisión práctica en una norma jurídica o en cualquier otro momento, previo al moral, es arbitrario: la apertura del discurso es una exigencia de racionalidad (1996). Nino tiene una posición similar cuando afirma que la justificación de decisiones jurídicas, aun en el seno de un constitucionalismo progresista, responde a una racionalidad "de lo segundo mejor", ya que siempre es preferible justificar las decisiones sobre la base de principios valorativos últimos: "yo sostengo que todo juicio jurídico justificatorio es en última instancia derivado de juicios morales que dan legitimidad a ciertas fuentes dotadas de autoridad" (2013: 29). Como se dijo antes, Bulygin también sostiene que sólo las razones morales son concluyentes, y niega este calificativo a las razones jurídicas.

No es fácil entender cómo ciertas razones puedan ser calificados *a priori* como morales, y en este sentido ser apreciadas como "últimas". Es decir, saber cómo ciertas normas que surgen eventualmente en un discurso, siempre de la mano de individuos o colectivos particulares, puedan pretender para sí mismas el atributo de ser razones concluyentes. Parece obvio que no basta que cualquiera de las partes en un discurso práctico afirme que las suyas son razones morales, y que las de su contrario son razones *in*morales, o que tan sólo son razones jurídicas, políticas, religiosas, prudenciales, etcétera. Precisamente porque las auténticas o últimas razones morales no son evidentes de suyo, sino que por definición se descubren *a posteriori*, es que también las invocadas como tales deben poder responder, con la misma exigencia de racionalidad, a preguntas que provengan del mayor número de perspectivas.[177]

---

nes no asuman sus presupuestos: "Esto significa que hay una suerte de relativismo que una posición constructivista está comprometida a aceptar: posición que… llamé del «relativismo conceptual», por la cual el significado, la verdad y validez de los juicios morales son relativos a las reglas y la estructura que subyace a la práctica social o la institución del discurso moral" (1989: 161).

[177] Dice Valdecantos: "Conforme a la manera habitual de pensar, la moral es la joya de la corona normativa; los demás tipos de normas tienen desde luego su propia dignidad y obligan dentro de su jurisdicción respectiva, pero lo que está moralmente exigido lo está con carácter absoluto o soberano; la moral manda en ella misma y a menudo se sostiene que debe tutelar

Como cualquier otro sistema normativo, la moral es un dominio en disputa permanentemente abierto. Su preeminencia en relación con otros órdenes, si es que alguna tiene, no existe un modo automático de que opere en los discursos reales en donde se trata de justificar las decisiones prácticas, sobre todo por restricciones epistémicas. Pretenderlo por cualquier actor implica asumir injustificadamente el rol de un observador completamente objetivo e imparcial, *una visión desde ningún lugar* —en expresión de Nagel (1996)—.

Tiene razón Atienza: ningún participante, abogado o juez puede cerrar una discusión sobre asuntos prácticos con base en cualquiera de las premisas jurídicas que haya tenido en cuenta al decidir. Pero en realidad nadie puede hacerlo si por cerrar una discusión práctica se entiende blindar sus resultados contra toda crítica. Siempre cabe seguir preguntando si tales resultados fueron los mejores, dada la información y los tiempos disponibles por los participantes.[178] O sea, que reconocer los límites del derecho para una justificación definitiva y abrirlo a la reflexión moral no resuelve el problema de fondo, simplemente lo pospone Como indica Bulygin: "No hay ninguna garantía de que el sistema resultante de incluir en el derecho normas morales resulte necesariamente completo y consistente. Por el contrario, parece muy plausible... que el recurrir a normas morales introduciría aun más subjetividad en el derecho" (2006: 128). La falacia es estipular que las razones morales sean siempre las últimas, por definición.

Pero en un mundo plural y complejo, sólo bajo el riesgo de empobrecer las discusiones prácticas se puede sostener que sea la moral el último baluarte de una justificación auténtica, y que cualquier otra razón deba ser entendida como mero compromiso prudencial, subóptimo, de lo segundo mejor. Decir que se equivoca o se engaña quien desde la perspectiva íntima

también todas las demás normas. / Esta suposición es sin duda una secuela de la moral deutorofisita y no hay que profesarle más aprecio que a ella. Quien se convenza de que lo moral tal como lo conocemos no es una especie natural sino un anómalo resultado histórico estará muy bien dispuesto a abandonar semejante compulsión normativa" (2008: 159)

178 Aquí cabe recordar la defensa de Pereda del concepto de razón enfática como un concepto tenso, que tendría dos sentidos: un sentido límite y uno operativo "El sentido límite: una persona o un grupo social piensan y obran de manera racional si, teniendo dificultades con sus creencias, las enfrentan con los mejores argumentos a su disposición. El sentido operativo debilita el sentido límite, usando, entre otras herramientas, «verbos permisivos» (como «buscar», «intentar», «tratar»…) y «expresiones relativizadoras» (como «lo que la persona o grupo considera como…»); así se formulan propuestas al modo de: «una persona o grupo social piensan y obran de manera racional si teniendo dificultades con sus creencias procuran…» El sentido límite fina el propósito del sentido operativo, su para qué; la tensión entre el sentido límite y el operativo introduce la posibilidad de la crítica" (1994a: 12).

comprende que la fuente de su obligación es religiosa, y que en realidad está siguiendo una razón de naturaleza moral camuflada, lleva a ignorar que de hecho las personas justifican su conducta con razones muy distintas. No siempre las últimas razones de las personas son morales, incluso en forma consciente —aunque esto no ocurra sin conflictos internos—. Estipular, como Atienza, que el verdadero motivo detrás de una decisión califica como moral solamente porque es el último, resulta contraintuitivo. Las personas a menudo son conscientes de ir en contra de sus juicios morales más firmes, por múltiples razones susceptibles de ser justificadas. Agregar que estos dobleces e inconsistencias en los individuos son signo de un tipo de moral distraída o cínica, no tiene sentido en una discusión sobre la justificación de asuntos prácticos en condiciones complejas en donde todos desempeñamos múltiples roles. Toda decisión que se pretenda justificada debe ser consciente, deliberada, y transparentes las razones para sus agentes. No pueden estimarse justificadas las decisiones irreflexivas aunque su contenido resulte ocasionalmente justo y bueno.

De todos modos, independientemente de que una persona juzgue sus razones como morales en forma reflexiva nunca podría estar segura de que en realidad ellas lo fueran. Como se dijo antes, no existe un método, más allá de las propuestas de los modelos intersubjetivos de racionalidad para eludir esta dificultad inherente al *factum* de las discusiones prácticas: cuentan como morales las razones que cada persona cree que lo son. Esta dificultad se traslada a los tribunales cuando se asume que la validez jurídica en el constitucionalismo deriva de la moralidad, sin señalar exactamente por qué la magistratura es el escenario de la representación democrática deliberativa contra la representación mayoritaria; el foro de los principios que viste de toga. Insisto en que tanto para los neoconstitucionalistas como para los postpositivistas o los iusmoralistas, la respuesta no puede estar en las cualidades del diseño institucional que cuida la independencia e imparcialidad de los tribunales, porque eso mismo es lo que ellos critican en el procedimentalismo de Habermas, Rawls o Nino. De manera que su posición resulta sumamente misteriosa.

Con esto regreso a los tribunales, ya que también en este texto se defiende su importancia central. Por eso se ha puesto en el centro el acceso a la justicia como instrumento que otorga poder de contestación, participación, oposición y resistencia, y se rescata una intuición de Dahl, Lafont o Gargarella. Pero a diferencia de los enfoques neoconstitucionales, postpositivistas y iusmoralistas que acentúan sus contribuciones epistémicas, se destacan sus cualidades democráticas. Aunque este no es tema nuevo en el constitucio-

nalismo y en la democracia deliberativa, creo que se puede reelaborar. Lo crucial no es la sede orgánica donde discurren los argumentos y los procesos de justificación, sino el poder y la influencia de los ciudadanos sobre problemas que juzgan de su interés. Por supuesto que el diseño institucional no es un asunto menor, pero desde la aproximación sociopragmática el énfasis está en el componente agencial de los participantes: en el hecho de que a través de ese diseño se pueda realizar la autonomía y el autogobierno que derechos y democracia prometen. Si esos diseños de hecho frustran la participación, entonces no importa si sus principios y valores declarados son progresistas. Habrá que revisar vías alternativas efectivas. De modo que se torna necesaria una retroalimentación de la dogmática constitucional con la filosofía social u otros sistemas prácticos de reglas.

II. La unidad del razonamiento práctico en sociedades plurales y complejas

¿Qué puede significar la unidad del razonamiento práctico en sociedades plurales y complejas? Si la moral no es el orden normativo concluyente en la justificación de las decisiones prácticas, ¿qué podría serlo? Considero que se puede seguir hablando de dicha unidad sin restringir la idea de justificación o normatividad al ámbito moral. En el extremo contrario, todas las decisiones sobre asuntos prácticos que no tomen en cuenta estándares morales serían juzgadas erradas o perversas. No hallo razones que apoyen esta determinación. Son muchos los dominios prácticos en los que se describen acciones como correctas bajo sus propios criterios. Esto representa una ventaja cognitiva y práctica de la sociedad moderna sobre las sociedades tradicionales, en donde toda acción discreta es evaluada con parámetros morales o religiosos. El derecho descarga de nuestros hombros la difícil tarea de evaluar el trato con los demás con criterios morales, porque esto tiene enormes costos epistémicos y normativos, y exacerba la fuerza de los conflictos porque la moral es el medio por el que se distribuye el aprecio y desprecio personal. No hay por qué juzgar el carácter de las personas con quienes nos relacionamos a diario en negocios económicos o jurídicos. Por ende, la sociedad moderna exige un alto grado de reflexividad. Esto lo vio Kant al subrayar que las personas podrían justificar normas, no sólo como personas, sino como ciudadanos nacionales o cosmopolitas (1993). Ninguno de estos ámbitos es normativamente coextenso.

Quizá el motivo de Manuel Atienza para calificar la moral como "último tribunal de apelación" para la justificación de las acciones está asociado

al papel central de la persona y sus derechos, que desde la Ilustración ha influido en la reflexión práctica. El problema es que esta centralidad suele derivarse de una filosofía de la conciencia, que sugiere que los individuos son los baluartes de la moral, dado que no puede haber moral sin autonomía subjetiva. Sin embargo, este aserto es problemático. Javier Muguerza propuso una ética de la disidencia, criticando el papel del consenso en la justificación de las normas. Desde la ética comunicativa Jürgen Habermas reviró que existen casos límites donde en relación con el disidente no se puede *a priori* discernir "si realmente se trata de razones buenas y morales o sólo se trata de una «idiotez» —en el sentido griego de la palabra—, que arrastra a alguien hacia ese aislamiento" (Muguerza, 1997; Habermas, 1997: 268). Me parece que el giro habermasiano da cuenta de una concepción de la autonomía, sí, pero no una versión que la ancla en atributos típicos de sujetos adultos varones independientes que la Ilustración recuperó de la burguesía.[179] Es posible, sin renunciar a esa noción constitutiva de nuestras teorías normativas, repensarla más de cerca al proyecto social y pragmatista defendido. Piénsese, por ejemplo, la noción de autonomía relacional (Álvarez Medina, 2015) o de la autonomía andamiada en instituciones y políticas públicas (Reyes Morel, 2019). No se debe despreciar el espacio de las opciones personales y el poder de conseguirlas, como también arguyó el enfoque de capacidades desde otro lugar (Sen, 2000; Nussbaum, 2012). Más adelante volveremos sobre este tema.

La tesis de la unidad de la razón práctica no significa unidad en la razón moral. Ni siquiera para Kant, como se deduce del conjunto de sus textos sobre filosofía práctica (Sahuí, 2012).[180] Todas las razones, como se sabe tras el giro lingüístico y prágmático, con la crítica de los presupuestos trascendentales de la filosofía de la conciencia, han de ser capaces de atravesar el test de la intersubjetividad. Para ser válidas se precisan criterios que no son en estricto sentido morales, sino restricciones pragmáticas, constitutivas, como las reglas de los juegos. Pero interpretarlas como convenciones no significa que sean regularidades conductuales automáticas. Aunque no sean órdenes plenamente transparentes para las personas, el seguimiento de toda norma

179 Sostengo que en gran medida en esto consiste el proyecto habermasiano: socializar o destrascendantalizar a la razón, Habermas (1996, 1999a).

180 He sostenido que para Kant la teoría moral no está por encima de la política (Sahuí, 2012). Creo que esta intuición subyace a las interpretaciones del filósofo de Königsberg realizadas por Arendt, Habermas y Rawls. Véase Sahuí (2002). La unidad del razonamiento práctico no significa moralizar la razón, como también supone Forst (2012). En Alexy (1997) la corrección se refiere al discurso práctico general, no a la razón moral a secas; aunque a veces así se lo interpreta.

tiene una dimensión imperativa, de obligación interna, pero que no es única, ni tampoco exclusiva. Si el sujeto incumple, los participantes quedarán defraudados.[181] El problema es que en las sociedades complejas con tantos órdenes que se solapan es difícil satisfacer todas las expectativas.[182]

Cuando son asumidas como prácticas reflexivas se pueden prevenir los usos perversos, instrumentales y estratégicos del discurso práctico, sea acerca de normas religiosas, jurídicas, políticas, pero también morales. Nino dudaba de la capacidad individual de elucidar el contenido de la moral por fuera del discurso público. De ahí su tesis de la democracia como el mejor sucedáneo del discurso moral. La unidad de la razón no se sitúa fenoménicamente al nivel de las normas que las personas internamente califican como morales y que pretenden hacer pasar por definitivas y concluyentes. Está en un plano anterior —según su propia fórmula—, expresada en la idea de razonamiento justificativo escalonado en dos niveles (2007: 107). Éste recuerda la estrategia justificativa de Rawls del equilibrio reflexivo que se ha destacado a lo largo del trabajo, ya que también el filósofo de Harvard, como Nino, hubo de pensar la normatividad con base en el enfoque de las prácticas sociales.

Únicamente las razones pueden acarrear la justificación de las decisiones en asuntos prácticos, porque sólo ellas pueden mover internamente la conciencia reflexiva de las personas, que es el último tribunal de apelación para juzgar una razón como autónoma. Sin embargo, autonomía subjetiva y moralidad no son ámbitos coextensos. Es decir, seguir en forma autónoma una norma supone necesariamente una actitud de aceptación interna del individuo, sin ser esa aceptación lo que convierta en moral a dicha norma. Esto lleva a considerar la posibilidad de un seguimiento autónomo de las normas jurídicas; no por razones prudenciales ni instrumentales. Recuérdese que la cuestión de la heteronomía se refiere a la fuente social, positiva, para el caso del derecho. Sin embargo, la propia gramática de las normas jurídicas no reclama su seguimiento fuero interno. Esto lo vio

[181] Existe un tipo singular de reglas cuya función es exclusivamente coordinar la acción colectiva sin mayores pretensiones, como conducir por la izquierda o la derecha.

[182] Dice Pereda: "Kant piensa que cualquier cambio social radical es… un proceso complejo en el que interviene el juego de varias instancias. Los distintos miembros de una sociedad ejercen diferentes trabajos que aseguran la vida social; en estos trabajos se hace uso «privado» o profesional de la razón y la regla es obedecer. Pero al realizar estos trabajos, cada miembro de la sociedad va adquiriendo una experiencia de la manera en que ese trabajo se lleva a cabo y de la función social que éste cumple; a partir de esa experiencia, haciendo uso «público» o ciudadano de la razón, cada persona debe comunicar el análisis y crítica de su trabajo; de este modo se irá conformando una opinión pública capaz de presionar por el cambio, cuando éste se considere necesario" (1994a: 144).

Kant al decir que la Constitución debía servir hasta para un «pueblo de demonios» (2011: 72).

El constructivismo ofrece un enfoque que elude dificultades de las tesis que confunden objetividad con realismo moral, como si hubiera hechos del mundo susceptibles de ser calificados como morales de manera intrínseca. Rawls ha criticado estas concepciones al explorar la idea de justicia como noción política y no metafísica (1996). Su estrategia constructivista permite evaluar la corrección de una norma sin requerir correspondencia con hechos o concepciones comprehensivos de lo bueno. De la obra de Rawls se podría derivar un constructivismo político y jurídico; mientras que Nino habló de un constructivismo ético (1989b). En ambos autores el punto es que defender la objetividad de las normas y justificar decisiones no supone apelar a una instancia moral externa a las propias prácticas.

Se puede ser positivista siendo cognitivista en filosofía práctica; es decir, en relación con las normas. No es relevante a este respecto si se trata de normas morales o jurídicas. Los dos sistemas pueden ser asunto de un conocimiento teórico y fuente de auténticas obligaciones, comprendidas como razones internas para la acción. Un positivista —siempre que lo sea en sentido metodológico— podría denunciar ciertas normas del derecho vigente como injustas, simultáneamente desde dentro del sistema jurídico con base en sus corolarios básicos; y también desde la moralidad, pretendiendo que su crítica no sea tratada como una mera opinión subjetiva. Para hacer esto, lo que se requiere es reflexividad, vista como la habilidad de situarse en actitud de participante u observador, y de reconocer la multiplicidad de sistemas de prácticas en las que uno se halla inmerso.

No hay razón entonces para pensar que los positivistas sean, por el mero hecho de serlo, relativistas o nihilistas morales, porque lo que hace a un positivista en su variante metodológica es el rechazo de la tesis según la cual el derecho tiene intrínseca relación con la moral, sin la cual no sería derecho. Incluso, aunque un positivista admitiera que existan múltiples solapamientos entre los contenidos del derecho y la moral, ello no afecta su noción de derecho. Tales cruces serían contingentes, sin importar que a lo largo de la historia en la mayoría de culturas hayan sido regulares y constantes. Dice Bulygin: "Puede haber muchos sistemas morales y no cabe duda de que de hecho todo orden jurídico está basado en ciertas creencias y/o valoraciones morales, pero no está necesariamente (por razones conceptuales) ligado a algún sistema moral en particular" (1993: 510).

Pero aun presumiendo la existencia de una moral objetiva, no se tendría que derivar una vinculación conceptual entre derecho y moral, ni tampoco

la irrelevancia del derecho como sistema normativo. Esto sólo ocurriría si se afirmara que la moral es el sistema normativo final por excelencia que derrota a cualquier otra razón; siendo entonces las suyas definitivas y concluyentes.

Aunque parece que autores como Atienza o Nino no tendrían reparo en esta declaración,[183] defenderé que no es justificable en el seno de sociedades complejas funcionalmente y plurales axiológicamente. Nino se percata de esta dificultad cuando señala que la democracia es el mejor sucedáneo del discurso moral. Porque aunque el término "sucedáneo" puede connotar algo de menor valor que su referente original o auténtico, lo cierto es que las reglas democráticas son el mejor modo que las personas tienen para conocer lo justo en el ámbito político-jurídico; y, en el extremo, incluso de lo correcto en el ámbito moral. Expresa el profesor argentino:

> Este valor [epistemológico] se transfiere en parte, como veremos, a un sucedáneo del discurso moral, tal como es el procedimiento democrático de toma de decisiones, que puede superar, dentro de las limitaciones impuestas por aquellos mismos principios, muchas indeterminaciones morales... Sin embargo, si bien nuestras respuestas últimas a cuestiones prácticas deberán surgir del progreso de la discusión moral (ya que las razones morales deben operar no sólo "detrás" del derecho sino también, por lo que acabo de decir, "a través" del derecho) (1989a: 124 y 125).

De modo que los resultados de la deliberación colectiva, en la medida en que se ajusten efectivamente a ciertos procedimientos, han de ser tenidos por obligatorios, como razones internas o motivos para la acción a efectos prácticos. Lo paradójico es que si este fuera el caso se estaría implicando que tales resultados cuentan como válidos no sólo jurídica, sino también moralmente, lo que los convertiría en razones definitivas. Rechazar esta conclusión supondría desconfiar del procedimiento democrático como el mejor sucedáneo del discurso moral, implicando situar de nuevo a los individuos aislados como baluartes últimos de los juicios morales. Pero esto era lo que Nino trataba de evitar —aunque sospecho que no lo consigue por el afán de vincular política, moral y derecho—. Su propuesta termina por colapsar la diferencia entre órdenes normativos.

Parecen más atinados los proyectos de Rawls o de Habermas, de distinguir las concepciones comprehensivas de la razón pública; o moral y derecho, respectivamente. La razón pública y el derecho podrían incluir razones

---

183 Dice Nino: "es distintivo de los principios morales el que ellos constituyen razones *finales* en la justificación de una acción: ninguna razón de otra índole puede prevalecer sobre ellas, y ellas desplazan a cualquier otra razón, cuando son aplicables" (1989a: 111).

morales universales, pero también argumentaciones de distinta naturaleza, como las ligadas a la autocomprensión ético-política de los participantes, económicas, técnicas, etcétera.

Lo que arroja el discurso democrático creador de derecho no sería moral en estricto sentido —aunque contingentemente llegue a incluir también razones morales—.[184] Que las razones íntimas de diversas personas se solapen como en la figura del consenso entrecruzado no implica que éste agote el orden moral ni tampoco que lo que queda fuera sea poco importante para la justicia. La intuición de Rawls es la inversa: porque ciertos temas son tan importantes para los individuos es que deciden ponerlos a resguardo de intervenciones políticas. Las razones morales son relevantes para el derecho cuando trascienden a las relaciones con otros, y cuando afectan los mecanismos de integración y cooperación. En ese momento se deben sujetar a criterios de evaluación públicos, cuyo filtro es el procedimiento democrático. En ambos, Rawls y Habermas, se mantiene la distinción analítica entre derecho y moral; pero no creo que sus propuestas se puedan calificar como relativistas.[185]

Lleva razón Atienza al defender que la concepción argumentativa del derecho reclame objetividad y rechace la arbitrariedad. Las discusiones sobre asuntos prácticos de naturaleza moral o jurídica sólo tienen sentido si se asume como un presupuesto que se puede arribar a soluciones justificadas. En el positivismo, la justificación de normas es independiente o autorreferencial, mientras que para Atienza depende de la moral. Sin embargo, ello no resuelve los problemas que se atribuyen a las normas jurídicas, porque aún cabe preguntar por la objetividad del ideal moral en las sociedades altamente plurales y complejas.

Atienza estipula que las normas morales son las únicas susceptibles de ser justificadas con razones últimas, definitivas y concluyentes, pero no problematiza el hecho de que normas de distintos órdenes puedan ser percibidas por personas diversas como poseyendo estos caracteres. Este dato verificable empíricamente socava la operatividad de esa concepción del dominio moral en las discusiones reales, porque bajo este enfoque tendrían que contar como morales las razones que cada quien cree que lo son. No se gana mucho en la práctica al pretender fundar la validez jurídica en la moral; no con esta caracterización de la moral como las razones últimas, porque se

184 Dice Jürgen Habermas: "las normas jurídicas no se mueven en el mismo nivel de abstracción que las normas morales. No dicen en general qué sea bueno por igual para todos los hombres; regulan el contexto de vida de los ciudadanos de una comunidad jurídica concreta"; (1998a: 221).

185 Según Nino, estos autores no son objetivistas (1989b: 93-110).

incurre en una petición de principio. En los hechos, ¿se trata de *mis* últimas razones o de *las* últimas? Esta es una cuestión que no se aclara.

El positivismo metodológico, siempre que no se le confunda con el positivismo ideológico, no tendría que ser relativista, nihilista o no cognitivista. Como en el caso de Bulygin, su elección puede estar explícitamente apoyada en los ideales del constitucionalismo político liberal, que confía en el principio de división de poderes, en el imperio de la ley, en la soberanía popular y en los derechos humanos. El canon constitucional puede ser interpretado como un positivismo no formalista, sujeto a principios sustantivos. Si se quiere decir, como reflejo de una moral pública. Los postulados de dicha moral, sin embargo, no podrían ser tenidos por últimos, definitivos y concluyentes. Serían en cambio las reglas del procedimiento democrático, mediante las que se encauzan el autogobierno y la soberanía popular, junto con la autonomía y los derechos humanos, los criterios para contrastar la validez de las normas jurídicas, única fuente de legitimidad de las decisiones prácticas respaldadas por la coacción estatal.

No obstante, la necesaria clausura de los debates reales acerca de dichas decisiones, en sede legislativa o judicial, debe ser comprendida siempre como provisional y tentativa, porque además del error caben también usos estratégicos de las razones. La posición del positivismo metodológico prevendría frente al intento de asimilar las razones jurídicas con un presunto orden moral de razones trascendentes, y como tales, ajenas a la crítica. Cierro este apartado con una cita extensa de Habermas:

> La validez jurídica tiene el sentido ilocucionario de una declaración: la autoridad estatal declara que una norma puesta en vigor ha quedado suficientemente justificada y es fácticamente aceptada. Pero lo que nos importa en nuestro contexto es la cuestión de la diferenciación del sentido de la validez o del sentido de la legitimidad del derecho… / También las normas jurídicas, pese a su ámbito restringido de validez, entablan la pretensión de concordar con normas morales, es decir, de no contravenirlas. Pero las razones morales no tienen en este caso una selectividad *suficiente*. Las normas son válidas aun cuando puedan justificarse no sólo con razones morales, sino también con razones pragmáticas y ético-políticas, o, en un caso dado, puedan presentarse también como resultado de un compromiso *fair.* En la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de ésta. Estas *ulteriores* razones tienen, sin embargo, una validez dependiente del contexto, justo una validez relativa. Una autocomprensión colectiva sólo puede ser auténtica dentro del horizonte de una forma de vida en la que ya nos encontramos; la elección de una estrategia sólo puede ser racional atendiendo a determinados fines que nos hemos propuesto; y un compromiso sólo

puede ser equitativo sobre el trasfondo de unas determinadas constelaciones de intereses (1998: 223).

III. Constitucionalismo reflexivo y complejidad social

Además de la filosofía práctica —moral, política o jurídica—, otras disciplinas sociales y humanas tienen trato con normas y generan saberes que no deben ser ignorados. No se justifica que la filosofía del derecho sea la ciencia privilegiada en el análisis de la normatividad (Raz, 1991). Por eso es sintomático como prejuicio juricéntrico el menosprecio de Dworkin a la teoría social: "el concepto sociológico de derecho tiene un estatus filosófico muy diferente del concepto doctrinal. Normalmente hay poco en juego a la hora de decidir si y cómo se establecen los imprecisos límites del primero; como ya he dicho, sin embargo, es mucho lo que hay en juego en el modo concreto en que entendamos al segundo" (2007: 14). Si uno de los iusfilósofos más reputados en argumentación e interpretación jurídica cree que en estos saberes "hay poco en juego", cabe anticipar serios problemas. Aunque en forma explícita se refiere al concepto doctrinal de derecho, debería discutir mejor el intercambio disciplinar, porque ni siquiera ese concepto quedaría firme ante hallazgos sociológicos sólidos. En todo caso, su teoría permanece en lo que denomina el "nivel semántico" (2007: 19), y en este sentido es diversa de mi aproximación pragmatista política y social.[186]

Sin embargo, es importante no echar por la borda algunos temores justificados de los defensores de la argumentación moral en el derecho: prevenir que la referencia a tantos otros sistemas normativos debidos a la complejidad no se interprete como una ontología social de esferas incomunicadas. Ciertas versiones del funcionalismo incurren en este error categorial. Por ello se insiste en el enfoque de las prácticas recuperado de la teoría social que ha influido la mejor filosofía política normativa, de Rawls, Habermas o Nino en Latinoamérica. Recupero la idea de Gargarella, de que el constitucionalismo quedó a la zaga en su sociología y filosofía políticas. Su crítica de la autoridad judicial relacionada con la variedad de teorías de la interpretación es trasladable al ámbito de las concepciones de la argumentación. El debate en tribunales, en la academia y en la esfera pública informal parece ser causa de ruido en las decisiones controvertidas:

---

[186] Debe hacerse una precisión: el uso aquí del término "pragmatismo" corresponde a los desarrollos de filosofía social realizados a lo largo del trabajo; mientras Dworkin lo emplea como equivalente del consecuencialismo o razonamiento utilitarista (1992: 115 y ss.; 2007: 31-35).

> Por supuesto, si las leyes y los textos constitucionales fueran total o casi totalmente transparentes, o la interpretación legal fuera necesaria sólo en casos extremos (muy "difíciles"), entonces no nos enfrentaríamos a un problema tan serio: la interpretación no necesitaría un lugar tan central en la teoría legal, y no tendríamos que preocuparnos demasiado por quién interpreta la Constitución. De modo similar, si tuviéramos teorías o fórmulas interpretativas compartidas por todos, entonces no deberíamos preocuparnos por quién la interpreta. Sin embargo, otra vez, el problema es que carecemos de tales fórmulas, y mantenemos desacuerdos muy profundos, y a la vez razonables, sobre todas las cuestiones constitucionales de relevancia (Gargarella, 2021b: pos. 4350).

Pensar la complejidad empero no trata sólo de que cualquiera tenga oportunidad de participar en las instituciones políticas exponiendo sus pretensiones jurídicas o morales —aunque sin esto la democracia es ilusoria—. Como señala Luhmann: "La actual dogmática constitucional sorprendentemente interpreta estos conceptos [libertad, dignidad] haciendo caso omiso de las ciencias que se ocupan del ser humano o de la sociedad humana" (2010: 144). En el mismo sentido, Häberle objeta la dogmática como una pura repetición de los clásicos o los posglosadores. Propone ejercitar un racionalismo crítico y una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución que tome en serio las exigencias de inclusión de las ciencias sociales mediante teorías jurídicas funcionalistas, realistas o consecuencialistas (2020: 223). El tema es la incorporación de saberes importantes provenientes de otras disciplinas como condición para elucidar el trasfondo normativo y los valores en disputa en los casos de conflicto. No se pueden deslindar los valores de libertad o igualdad del marco más amplio de ideas económicas, regulaciones de mercado, planificación estatal. De otra manera, cualquier regulación luce como amenaza. Se dirá que esta declaración no es original y que los tribunales operan ya siempre con estas consideraciones.[187] Esto es relativamente cierto, pero se pretende prevenir contra una tendencia hacia la moralización de la argumentación en sede constitucional. A partir de aquí se podría sospechar que insinúo dejar las cosas como están, y que los tribunales ordinarios no constitucionales habrían estado haciéndolo bien al

[187] Brennan y Buchanan niegan que éste sea el caso: "La jurisprudencia anglo-americana enfatiza la regla de la razón; pero descuida gravemente la razón de las reglas. Actuamos juegos —legales— políticos socioeconómicos que pueden ser descritos empíricamente solo por sus reglas. Pero la mayoría de nosotros juega *sin un entendimiento o apreciación de las reglas*, cómo llegan a existir, cómo son reforzadas, cómo pueden ser cambiadas, y más importante, cómo pueden ser normativamente evaluadas. Un «analfabetismo constitucional» básico se extiende e incluye tanto a los eruditos como a los laicos" (1985: ix).

conocer mejor caso a caso dada su especialización las varias materias que el derecho trata: familia, contratos, comercio, administración, fiscalidad, medio ambiente u otros. Pero tampoco es ésa mi posición, ya que todas esas ramas se desarrollaron sin referencia a valores constitucionales.[188] Lo que propongo es reflexionar sobre esas disciplinas jurídicas dentro de la gramática de las Constituciones, de los derechos y del régimen democrático; no ocurrir inmediatamente a nuestras intuiciones morales cuando alguna institución, como economía, burocracia, ciencia y técnica, afecten la autocomprensión espontánea de las personas. Sostengo que se requiere una mirada más alerta. Como Habermas indica, es posible que los desarrollos paralelos y los intercambios entre las instituciones hayan hecho posible las ganancias prácticas y cognitivas constitutivas de nuestra subjetividad moral y ciudadana aunque sus dinámicas no estén exentas de tensiones.

Mi propuesta quiere visibilizar que la ciudadanía ha de reflexionar conscientemente sobre sus roles en cada situación, entender la lógica interna de las prácticas en las que están inmersos, porque de otra forma quedarán blindadas. Recuérdese la noción de democracia compleja de Innerarity (2020) y la ciudadanía reflexiva de Thiebaut (1998) o de Olson (2006) para las sociedades modernas. Bicchieri (2019) ha demostrado que el cambio y la crítica de las normas es posible, pero es menester que se comprenda el sentido de las prácticas bajo la mira y sus reglas. Su enfoque coincide con el análisis de Thévenot y Boltanski (2006) de la justificación de órdenes normativos plurales, o Walzer (1993) y las esferas de justicia. Thévenot emplea la analogía de los pasajeros en un tren que asumen roles distintos en cada situación (2016). La misma idea está en Luhmann (2010)[189] y Goffman (1997): los papeles sociales se pueden controlar en alguna medida; no son distinguibles exclusivamente por los observadores externos, sino que se vuelven parte del sentido común de las personas. Como dice Lamo de Espinosa: "el reconocimiento de cualquier regularidad puede eventualmente producir, no tanto su uso, sino, más radicalmente, su cambio o desaparición a través de

[188] Recuérdese que en el Estado legal la validez de las normas es una cuestión procedimental y no material, de modo que no había razón para incluir la sustancia de los derechos en las normas jurídicas, dignidad y autonomía personal; mucho menos los asuntos relativos al autogobierno.

[189] "Junto al rol de ciudadano, el ser humano también desempeña otros roles. Debe participar en muchos subsistemas de la sociedad, cuya diferenciación se refleja en las dificultades que él percibe para administrar sus roles. Debe coproducir en el sistema económico, legar cultura, intervenir en una buena cantidad de eventos público no-políticos, llevar una vida familiar y, todo esto, sin desintegrarse, sin dejarse fragmentar por deberes de comportamiento en pugna. Esto sólo lo puede lograr si en todos los roles puede presentarse siendo uno y el mismo", Luhmann (2010: 131 y 132).

un proceso de auto-reflexión colectiva" (1990: 137). Honneth (2014) y Forst (2012) tienen esto en mente cuando exhiben cómo sucede la crítica en las luchas por reconocimiento y justificación en condiciones de diferenciación social. Lo que rechazo es atribuir a la noción de justificación el apelativo de moral exclusivamente porque sea la última razón que para cada caso concreto tenemos a la mano.

Debido al déficit de formación en filosofía social de los juristas, parte importante de la argumentación constitucional ha adoptado una forma moralizante como si el núcleo de los derechos humanos y de la autonomía personal fuera individualista: de sujetos independientes y autosuficientes. Esta imagen se complementa con una idea del orden colectivo como contrato y de la democracia como mercado de intereses particulares. Nótese que el ideal moral ha hipostasiado al sujeto burgués situado en la génesis del proyecto ilustrado. Dice Luhmann: "(l)a concepción actualmente dominante en la jurisprudencia dogmática sigue este camino equivocado" (2010: 172). Este ideal padece cada vez que los cambios sociales configuran nuevas condiciones materiales: mercantilismo, industrialismo, socialismo, feminismo, multiculturalismo, movimientos altermundistas, decoloniales o ecologistas. Asimismo, respecto de la filosofía política, en la argumentación jurídica, incluso en sede constitucional, no es común explicitar los paradigmas subyacentes a las categorías normativas de los derechos humanos y la democracia empleados; siendo éste un asunto que no debería eludirse ante cuestiones fuertemente controvertidas por la ciudadanía y los movimientos sociales.

El problema de este enfoque atomista lo recuerda Lamo de Espinosa: "Una sociología que se limite a penetrar en la conciencia de los sujetos descubrirá una parte muy restringida de la realidad social pues ésta es, en gran medida, inconsciente o ignorada por los actores" (1990: 66 y 67). Hace falta un individualismo metodológico, no ontológico. Ambas perspectivas de observador y participante son básicas para la comprensión y la crítica de las normas.

Lo que denuncio entonces del uso moralizante de la argumentación jurídica es que ésta se ancla en una concepción del individuo de querencia liberal, pero no precisamente la más sofisticada: ampliamente criticada como ideológica define al individuo en contraste con la sociedad y adopta una antropología filosófica racionalista y universalista descontextualizada y ahistórica. Así lo pone Vergés:

> …el liberalismo tiende a defender que la explicación de los fenómenos sociales tiene que realizarse a partir de la conducta individual (individualismo metodológico), a considerar que la realidad social es reducible a la realidad de

> los individuos (individualismo ontológico) o a plantear una justificación moral del gobierno y las instituciones en términos de lo que aceptan o podrían aceptar los individuos (individualismo moral). Es más, existe una tendencia importante dentro del liberalismo a presuponer que uno tan sólo puede defender el individualismo moral si uno parte de un individualismo metodológico y ontológico al mismo tiempo —aunque eso no tiene por qué ser así necesariamente (2021: pos. 1626)—.

Llama la atención que esta hipóstasis se dio también en algunas teorías psicológicas importantes del desarrollo moral de las personas, desde la niñez y sus subsecuentes etapas. La crítica de Gilligan a Kohlberg sobre el estadio final del desarrollo, una etapa posconvencional interpretada en clave de universalismo formal apunta a una noción diferente de moral contextual bajo la categoría del *cuidado* (Gilligan, 2013, 2009; Kohlberg, Power, Higgins, 1997; Tronto, 2013, 2015; Camps, 2021). En la doctrina de los derechos humanos este giro paradigmático se podría comparar con una forma diversa a la habitual de interpretar el principio de universalidad de los derechos, que pasa de entender dicha noción desde una generalidad abstracta, hasta visibilizar la dimensión de la inclusión: no dejar a nadie afuera y no dejar a nadie atrás. El cambio interpretativo puede parecer inocuo, pero implica establecer como prioridad práctica las posiciones peor situadas de quienes han quedado lejos del cobijo efectivo de los derechos humanos. Como recurso heurístico, este enfoque es clave, ya que la generalidad semántica de una norma puede tratar de ser satisfecha mediante un expediente utilitario, de maximización, situación que tendería a comprometer aún más las posiciones débiles de ciertas personas y grupos. De manera que el cambio conlleva adoptar una aproximación pragmática a las normas que destaque sus consecuencias y sus resultados visibilizando cómo le va a cada participante en sus particulares papeles. Se pueden notar en esta reinterpretación de la doctrina de los derechos paralelismos con la concepción liberal igualitaria de Rawls, opositor del utilitarismo y promotor del principio de diferencia como la prioridad práctica por los más débiles, salvadas las libertades iguales de todos.

La idea de cuidado ha sido retomada por Innerarity: el medio ambiente, las cuestiones bioéticas o la seguridad social, que incorporan el enfoque del ciclo de vida dependen de desarrollar cualidades prácticas y de juicio especiales que la idea y la práctica del cuidado manifiestan. Relacionar la mirada de Gilligan con las condiciones pragmáticas identificadas por Bicchieri sobre el cambio normativo sin recurrir a ideas morales trascendentes es importante para entender el significado de la reflexividad como autoconfrontación en el seno de las prácticas sociales. No existe un "ojo de Dios"

para juzgar la sociedad: externar una preferencia por el realismo moral no resuelve mágicamente el problema práctico y epistémico de encontrar la norma correcta en cada caso. Uno puede confiar y aspirar a esa posibilidad sin ingenuidad ni dogmatismos. Lo que los realistas morales no explican con rigor es la fuente de sus certezas ante los desacuerdos remanentes de diálogos que hayan respetado las reglas y los procedimientos elementales. Es como si no quisieran renunciar a la idea de que "en el fondo" de la normatividad y de la autonomía permanece la conciencia íntima limpia de ataduras y condicionamientos sociales. En el plano judicial, en México existen sentencias de la Suprema Corte que ilustran el fondo simplista de una defensa de la autonomía que deja de lado, como si fuera una virtud argumentativa, la complejidad de la vida social. Observa Luhmann: "La mirada hacia nuevas teorías sociológicas de mayor complejidad se bloquea orientándose hacia dicotomías simples, como las de sociedad y Estado o intereses individuales y restricción socialmente exigida" (2010: 172). Afirma que la dogmática prefiere ideas precientíficas de la naturaleza del ser humano sobre otros enfoques, como la psicología u otras ciencias sociales. No me refiero a los asuntos gubernamentales, en los que podría primar un interés político oculto, sino al tipo de problemas públicos que son propios de la convivencia. Casos como el uso lúdico de la mariguana, el sexoservicio como un contrato profesional, la subrogación materna o la donación de órganos entre desconocidos; todos han sido resueltos a favor de individuos-atomizados mediante la defensa del principio de libre desarrollo de la personalidad; o del servicio de transporte privado (*Uber*) como manifestación de las libertades laboral y empresarial (Niembro, 2021). En términos coloquiales se diría que los árboles individuales que sirven a los jueces de parámetro normativo no les dejan ver el bosque de lo social-público. No me atrevo a insinuar cuáles sean las mejores respuestas en cada uno de estos casos, porque lo importante es visibilizar las diferencias, ampliar alternativas y abrir la imaginación institucional. Se trata de mantener viva la conversación entre iguales, según Gargarella (2021a).

El problema que denunciamos de esta noción de moralidad es cierta inconsistencia con el resto de las disciplinas sociales y humanas: economía, sociología, psicología, historia, antropología. Una vez más, su defecto es defender imágenes simples, pero deformadas del individuo y la sociedad. Como recuerda Villoro (1985) de las ideologías: su vicio no es que sean erradas, sino su incapacidad de reconocerlo.[190] No sugiero que jurispruden-

[190] Así también concibe Forst a las ideologías: como justificaciones de relaciones de dominación que se aíslan a sí mismas del desafío crítico distorsionando el espacio de las razones y presentando dichas relaciones como naturales o dadas por los dioses (2014: 103).

cia y dogmática deban allanarse sin más a los saberes de dichas disciplinas, pero es indispensable hallar espacios de diálogo para poner en coherencia los desarrollos que puedan impactar la labor de los tribunales. Piénsese, por poner un ejemplo, en las cuestiones del costo o la eficacia de los derechos (Sunstein y Holmes, 2011).

Con una perspectiva distinta se critica el método de la ponderación (García Amado, 2016; Arballo, 2020), que domina en la argumentación neoconstitucional, iusmoralista y postpositivista, del tipo de Alexy, Dworkin o Atienza. Esta crítica es concurrente porque objeta la recurrencia a razones morales que se dan por objetivas, no siéndolo. Aunque la herramienta de la ponderación se autoconcibe como progresista respecto del sistema de reglas positivas porque apela a principios firmes, su uso suele confirmar empíricamente los valores morales de sus promotores, que tienden a ser los hegemónicos, o al menos unos que han sido socialmente apropiados. Piénsese por ejemplo en las transformaciones relativas al género, al feminismo, a la diversidad sexual, al matrimonio igualitario o al aborto. Éstas llegaron al derecho sólo detrás de amplias movilizaciones colectivas, es decir, en democracia:[191] "De hecho, lo habitual es que las disputas judiciales sean la retaguardia, y no la vanguardia, de las deliberaciones políticas" (Arballo, 2020: 22). No hay evidencia de la proclividad de la judicatura al cambio.

Apelar a la moral retóricamente para anunciar una mera intención pragmática puede ser útil para fijar la meta y los alcances de la discusión pública: ésta no tratará entonces de meras preferencias, hábitos, costumbres o identidades inamovibles. Sin embargo, que cualquier sujeto insinúe que donde derecho y política democrática fracasan él puede conocer más allá la corrección normativa es un despropósito, cualquiera que sea la justificación trascendente que pretenda. No hay atajos normativos ni epistémicos a la moral ni a la democracia. Esto confirma la fundamentalidad de estas dos prácticas sociales, como ha subrayado Habermas.

Regreso al proyecto del uso público de la razón de Kant, socializado por Habermas, Rawls o Nino, ninguno sospechoso de decisionismo jurídico, re-

[191] Kitcher (2021) mira el progreso moral en los individuos y sociedades con un método pragmatista que subraya discusiones colectivas que se vuelven cada vez más inclusivas, mejor informadas y con participantes dispuestos a considerar las perspectivas de los otros. Creo que se puede leer dicho método a través de la forma en la que han aterrizado nuestras prácticas normativas en el formato de las Constituciones: en los ideales de los derechos humanos y del régimen democrático. Los juicios derivados de estos ideales son verdades provisionales hasta que surjan bases para su remoción. Kitcher cree que su método ha de ser consistente con las reconstrucciones históricas, como han sucedido los cambios contra la esclavitud, la opresión de las mujeres y la discriminación hacia las parejas del mismo sexo.

lativismo moral o demagogia política. La democracia es el mejor sucedáneo del discurso moral, porque sólo a través de la deliberación pública con otros se puede fijar su contenido de un modo vinculante. El paralelismo con la idea de democracia de Kelsen (2005) no es casual. Lo anterior no implica un positivismo de tipo ideológico, que todo derecho deba ser mantenido. La ciudadanía descubre a menudo injusticias en las normas jurídicas; esto nadie lo puede negar con sensatez. Mi enfoque no rechaza que los tribunales coadyuven en esta búsqueda; incluso es proclive a defender su centralidad. Su diseño y la forma regular de sus procedimientos lo convierten en un buen foro deliberativo para pausar conflictos públicos, y para fungir como medio de traducción de diversas gramáticas institucionales, como economía, burocracia, técnica. La apuesta reflexiva del constitucionalismo es que en vez de asumir que el fin de la deliberación sea la moral, se asuma como responsabilidad política el horizonte normativo de los derechos y la democracia, cuyos desarrollos no se subordinan a las interpretaciones jurisprudenciales o dogmáticas ni a los métodos y técnicas de los juristas (Sunstein, 2001). Aunque toda solución estará mediada por normas, sin embargo, en términos heurísticos, en momentos de crisis se ha de explicitar el aporte de cada respuesta plausible al fortalecimiento de la autonomía y el autogobierno de los participantes en las distintas prácticas, que no deben resultar arruinadas en lo global. No es poco lo que esta perspectiva suma: afianza la dignidad de la ciudadanía como estatus para intervenir los poderes públicos y privados. En el debate constitucional, tribunales, juristas y ciudadanía juegan en el mismo campo con gramáticas que han pasado a formar parte del acervo común: los derechos y la democracia son usadas de manera reflexiva en un entorno complejo y plural, sin que las jerarquías tengan poder de cerrar las discusiones definitivamente.[192] Todo cierre se entiende como provisional para un constitucionalista reflexivo.

Cabe sugerir, pero todavía habría que desarrollar, una concepción de la argumentación jurídica para el constitucionalismo que deje atrás las referencias inmediatas a la moral, como si hubiera un ámbito material discernible que así pudiera ser calificado por los individuos y colectivos que conviven en las sociedades plurales y complejas.[193] Se debe anular "la imagen

[192] Dice Pereda "Los juristas, como los investigadores científicos, los enamorados, los comerciantes, los críticos literarios o los historiadores pueden iniciar, una y otra vez, diferentes ciclos argumentales para explorar y resolver/disolver sus perplejidades sus conflictos, sus problemas" (1994a: 59 y 60).

[193] Regreso con Pereda: "quien procura evaluar la racionalidad adjetiva de una persona, de una acción, de una institución, de una tradición… con identificadores inmediatos y estrictos, va, creo, por mal camino, por el camino de los prejuicios, la censura, la imposición;

simple de que la aplicación de los valores es sobre todo cosa de buena voluntad" (Luhmann, 2010: 316). Tal concepción argumentativa, para no quedar reducida a versiones positivistas formalistas o dogmáticas, y para retener un punto de vista crítico del derecho, podría avanzar explicitando las teorías de la justicia que subyacen a los ideales de derechos humanos y del régimen democrático; o sea, los principales paradigmas filosófico-políticos que han informado histórica y doctrinalmente al Estado constitucional (Gargarella, 1999; Vázquez, 2019).[194] Aunado a esto, también deben tenerse en cuenta ideas económicas, sociales y humanísticas que circulen con un grado elemental de consenso en el espacio público. En la medida en que se hayan desarrollado en paralelo tenderán a incorporar caracteres de la sociedad moderna donde la integración moral no es ya una alternativa plausible. La ventaja cognitiva y práctica está en el hecho de que aportan insumos normativos diversos a la argumentación jurídica que no pretenden tocar el piso inconmovible de la moral, sino algo más asequible. Se gana objetividad, consistencia y coherencia con materiales obtenidos de tradiciones como liberalismo, utilitarismo, republicanismo, socialismo, feminismo, y de otros saberes económicos, sociológicos, antropológicos, psicológicos. Este es un proyecto que está todavía por desarrollar, pero indica una ruta exploratoria no suficientemente transitada por los filósofos del derecho.[195] La preeminencia de las razones en casos de conflicto dependerá de cómo los principios y valores de estos saberes coadyuven en la realización de los estándares de autonomía y autogobierno atribuidos al constitucionalismo reflexivo con las

---

en fin, apuesta por la imaginación centrípeta. El concepto adjetivo de racionalidad pertenece a la esfera del debate, del desafío, de la exploración, de las pruebas y contrapruebas.., de la imaginación centrífuga…; en ningún caso introduce una autoridad final e incontrovertible" (1994a: 89).

194 Arballo es enfático en este punto "El problema es que el neoconstitucionalismo plantea una Teoría del Derecho sin una teoría de la Justicia que la acompañe o que esté a la altura del desafío. Paradójicamente, la mejor defensa del neoconstitucionalismo es defenderlo desde un explícito no-lugar teórico, recurrir al particularismo como hace Alfonso García Figueroa en «Criaturas de la moralidad»" (2020: 19 y 20).

195 Ante el agotamiento de los conceptos científicos o técnicos para ciertos problemas, Jesús Vega propone que el discurso filosófico entre al quite: "Serían conceptos *trascendentales,* por cuanto «trascienden» a cada una de las categorías, pero no a todas en su conjunto (como sucedía con las tres ideas clásicas de la metafísica tradicional arrumbadas por Kant en la primera *Crítica*). A estos conceptos cabe llamarlos en efecto *ideas* filosóficas, siguiendo de nuevo una tradición que arranca de Platón y llega hasta Kant o Hegel, sin que ello suponga comprometerse con la concepción metafísica tradicional, sino entendiéndolas ahora como ideas en sentido histórico-cultural (vinculadas a «ideologías», pero no reducibles a éstas). Las teorías filosóficas no son entonces otra cosa que elaboraciones e interpretaciones más o menos sistemáticas de estas ideas a lo largo de su curso histórico" (2018: parr 5).

nociones de derechos humanos y democracia.[196] No insinúo que el trayecto sea sencillo; sin embargo, acota el terreno de la discusión de las juezas y jueces para que no recurran directamente a aquel otro espacio que visualizan como moral —ardid retórico que ocurre en un limbo discursivo, un espacio en donde cuenta como moral lo que cada quien cree bajo el criterio fortuito de que sean sus últimas razones—. Sorprende cómo esto se haya llegado a pensar con seriedad. Como expresa Habermas: "Una aplicación de la ética del discurso al proceso democrático (o judicial, cabría agregar), efectuada sin las *necesarias mediaciones*, o la aplicación de un concepto de discurso no suficientemente aclarado, no pueden conducir sino a disparates" (1998: 225). Se requiere un paradigma del derecho y de sus formas argumentativas que sea capaz de responder a las sociedades complejas, ya que por otra parte resulta inevitable que los jueces tengan ideas implícitas relativas a la sociedad, una visión social que genera el contexto sobre el cual fundan sus decisiones, establecen hechos e interpretan normas. La jurisprudencia y la dogmática no se pueden comportar ingenuamente: "porque la comprensión paradigmática del derecho ha perdido la inocencia de un saber orientador que actuase solamente a espaldas de los implicados en la práctica jurídica, tal comprensión de fondo exige hoy una justificación en términos autocríticos" (1998: 474).

[196] Se podría sugerir con Pereda que ambas prácticas, derechos y democracia, tienen "*efectos reconfigurantes* o *retroactivos* o, si se acepta la expresión, *efectos bumerán* respecto de los agentes epistémicos que los produjeron… Entre otros, un *efecto bumerán* de estos procesos consiste en producir no sólo ampliaciones, sino también correcciones de los poderes epistémicos de los agentes. / Un ejemplo común: a partir de la construcción de algunos sistemas lógicos se reconstruyen los principios normativos de razonamiento con los que se corrigen modos espontáneos (¿o producto de la pereza intelectual?) de razonar falaz, digamos, el frecuente argumentar cometiendo la falacia de afirmar el consecuente. Otro ejemplo no menos común: artefactos producto de prácticas de conocimiento que incluyen diversas tecnologías, como los microscopios y los telescopios, amplían el poder de discernimiento de la vista" (2009: 222). Mi propuesta va en esa dirección, derechos y democracia relevan aclarando varios juicios prerreflexivos sobre asuntos prácticos, antaño dejados a la moral personal.

Capítulo sexto

CONCLUSIONES. HACIA UN CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO

El libro desarrolla la noción de constitucionalismo reflexivo. Se trata en realidad de una versión del constitucionalismo deliberativo. Igual que éste, hace hincapié en los procesos de diálogo, poniendo énfasis en sus aspectos prácticos y epistémicos mediante ejercicios de justificación públicos. Lo que añade la idea de reflexividad tiene que ver con el problema de la diferenciación funcional de sistemas normativos, que es típica en las sociedades modernas, y que genera dificultades, que van más allá del trato con la pluralidad de ideologías y creencias comprehensivas. Visibilizar la complejidad social es el propósito de esta concepción constitucionalista para lidiar con órdenes de acción en los cuales la conducta humana se automatiza. A lo que el constitucionalismo reflexivo invita es a elucidar durante la discusión democrática las posiciones de los participantes en múltiples sistemas y a verificar cómo pueden afectar su mirada práctica. Pone luces de advertencia sobre estas causas que habitualmente pasan desapercibidas a las personas. La expresión es deudora de la idea de modernización reflexiva de las ciencias sociales (Beck, Giddens y Lasch, 1997; Lamo de Espinosa, 1990), que ha hecho sentir su influencia en la filosofía práctica (Habermas, 1999a; Rawls, 1999; Nino, 2013). Las personas en sociedades complejas aprenden a orientarse en diversos sistemas, aunque no puedan captar el orden en conjunto (Thiebaut, 1998).

El motivo principal es entender las Constituciones como espacios de conversación (Gargarella, 2021), prestando especial atención a aspectos jurídico-institucionales, especialmente aquellos que funcionan como los lugares de apertura que traducen los impulsos desde la opinión pública hasta las decisiones políticas fundamentales. En este sentido, su foco es más específico que la democracia deliberativa. Se pretende pensar el papel del derecho en medio de la complejidad de sistemas que no derivan de la Constitución, pero que atraviesan y se solapan con sus normas afectando sus principios (Mansbridge y Parkinson, 2012; Vermeule, 2011); verbigracia, los regímenes patrimonial, tributario, laboral, de mercado o de cuidados. Mediante la institución del acceso a la justicia vista en sentido amplio que se explicita

como un derecho llave se recupera el poder de las personas para influir en las decisiones públicas aunque no exista un centro al cual atribuir control pleno del conjunto (Bonilla Maldonado y Crawford, 2019; Cappelletti y Garth, 1978). El acceso a la justicia no se circunscribe a mecanismos jurisdiccionales, sino que puede referir a cualquiera de los dispositivos aptos para poner en movimiento la maquinaria constitucional. Cumple por tanto una función democrática: traduce demandas ciudadanas al idioma de los derechos. Es una herramienta importante, pero no es la única. Depende de una esfera pública dinámica.

El constitucionalismo reflexivo invita a revisar algunos aspectos del constitucionalismo liberal. No implica estar contra, sino ir más allá de su configuración institucional actual. No hay mejor forma de honrar el modelo que juzgar sus resultados, sobre todo en el escenario presente: junto a los problemas de desigualdad surgidos al asociar liberalismo y mercado —que habría evolucionado hasta la forma del neoliberalismo (Escalante Gonzalbo, 2015)— aparecieron problemas de integración social. En este contexto, el liberalismo recibe críticas de dos frentes: izquierda y derecha (Vallespín, 2023). De un lado, las personas sufren privaciones y perciben que no tienen poder de autogobernarse, aunque los Estados ya no interfieren con sus vidas, sino otros poderes privados. Del otro, se debilitan los lazos de la cooperación y se torna difícil perseguir metas colectivas (Sandel, 2022). No es exclusivamente la crítica conservadora y libertaria (Nozick, 1988), sino también la de aliados republicanos (Sunstein, 2011; 2018) o del socialismo democrático (Piketty, 2014; 2020; 2021). A lo largo del texto critico el individualismo como una interpretación de los derechos y la democracia; pero no cuestiono el valor positivo que tienen ambas instituciones.

El libro quiere llevar el constitucionalismo hasta instituciones donde sus principios no se cumplen porque funcionan con normas ajenas al debate público, sobre todo de carácter utilitario o instrumental, como las económicas, que no se hacen responsables de las injusticias. En esto radica su dimensión reflexiva. La dificultad está en comprender la gramática de dichas prácticas, su importancia en el sistema social global y sus intercambios con el derecho, de modo que el intento de controlarlas no cause daños mayores. Cabe subrayar que tales daños se evalúan en relación con la autonomía y el autogobierno, en la base de la dignidad humana.

La perspectiva pragmatista se distingue del funcionalismo de la teoría social, que no incluye el punto de vista de la acción, de las teorías económicas de la elección racional y del institucionalismo de las ciencias políticas. Éstos asumen que la complejidad no es enjuiciable normativamente. Importantes autores han cedido a los enfoques teleológicos, estimando que

ciertos sistemas se guían por códigos rígidos contra la racionalidad que subyace al espacio de la opinión pública, que se canaliza al derecho a través de sus esclusas (Habermas, 1998). El resultado ha sido dejar a su espontáneo desarrollo una serie de prácticas injustas como si no existieran alternativas. El derecho se ha allanado a imperativos de otros órdenes normativos, asimilándolos a veces de manera inconsciente.

Destaca la originalidad de los estudios del constitucionalismo latinoamericano. Tras los procesos de transición democrática de la región se han generado estudios rigurosos y críticos del tema. Se ha hecho énfasis en cuestiones materiales que afectan valores públicos, como la igualdad y la solidaridad, lo que ha sido uno de sus aportes más trascendentes en comparación con otras regiones que rechazan el mismo estatus para los derechos sociales, económicos y culturales. En el derecho, pero también en la política, se han generado concepciones de la democracia y de los derechos adelantadas. Es el caso del constitucionalismo deliberativo (Nino, 1992, 1997; Gargarella, 2021); del *ius constitutionale commune* (Bogdandy, 2020a; 2020b), o del constitucionalismo del Sur Global (Bonilla Maldonado, 2015, 2016; Rodríguez Garavito, 2008, 2011, 2019).

Sin embargo, el optimismo y el vigor del proyecto constitucional regional se han visto empañados ante una realidad dura de desigualdad, pobreza y exclusión. Habitamos la región más desigual del planeta, que se manifiesta en cuestiones de género, étnicos y de clase. La injusticia erosiona la legitimidad estatal, genera violencia e inseguridad y quiebra la confianza necesaria para la cohesión social. Relacionado con ello, se ha criticado la importancia dada a los catálogos de derechos que crecen generosamente, sin poner la misma atención en los aspectos orgánicos del diseño institucional que promoverían la capacidad de participar con otros en condiciones de reciprocidad en las prácticas. La sala de máquinas constitucional es el sistema de reglas mediante las que ejercita la agencia personal (Gargarella, 2014). Los derechos no se satisfacen sólo con su declaración ni con instituciones pensadas para contextos distintos. La división de poderes, de frenos y contrapesos, debe ser adecuada a la complejidad de la sociedad. Existen estudios en esta dirección, pero la mayoría se concentran en la política institucional entendida tradicionalmente (Ackerman, 2011; Sartori, 2011): en la estructura básica (Rawls, 2002), que deja fuera a los poderes privados (Ferrajoli, 2011, 2014, 2018).

El crecimiento desmesurado de la administración afecta la representación y participación porque las decisiones nacen de los poderes ejecutivos (Sunstein y Vermeule, 2020). Este movimiento hace que las expectativas ciudadanas se desplacen a liderazgos personales que atraen el caudal de

legitimidad. La burocracia opera como caja negra en la forma de procesar las demandas de la gente. La democracia participativa y deliberativa busca abrir el debate sobre los mecanismos decisorios (Goodin, 2003; 2008; Landemore, 2020).

En todo caso, el presupuesto sobre el que descansa la separación público-privado que se incorporó en el núcleo del constitucionalismo invisibilizó problemas asociados a instituciones clasificadas como privadas, como si no tuvieran relevancia constituyente: relaciones familiares, régimen de cuidados, fiscalidad, patrimonio, mercado laboral o consumo. Aunque el derecho reguló esas prácticas sociales, muchas veces se replicó las instituciones religiosas, culturales o económicas en sintonía con el *statu quo* y sin referencia a los valores constitucionales. Recuérdese su contexto de surgimiento, y cuánto anteceden a los derechos humanos, cuyo consenso es reciente (Moyn, 2015). Junto al feminismo, otros movimientos, como el ecologismo, el anticolonialismo o el indigenismo luchan por visibilizar el daño que esos órdenes causan. En el trayecto se habló de formas ecuménicas de adopción de las gramáticas de los derechos y la democracia. En ellas está el núcleo participativo del constitucionalismo reflexivo. La agencia atraviesa la pluralidad de instituciones, porque los individuos identifican las posiciones desde las cuales juzgar cada situación.

Dada la perspectiva metodológica propuesta, el enfoque de las prácticas hace dialogar los valores de la filosofía social y política constitucional con instituciones salvajes (Ferrajoli, 2011). Gracias a la socialización en diversas esferas que la modernidad abre, las personas son capaces de transitar entre varios sistemas de normas sin que ninguno predomine en automático. Aunque ciertas prácticas son elementales, como la moral o los discursos sobre la verdad, la integración social no ocurre bajo un único principio. En términos que tomo prestados de Habermas (1996), no sería la filosofía pura, sino el lenguaje constitucional de los derechos y la democracia lo que podría funcionar como vigilante e intérprete, fijando la base de la legitimidad institucional. Sin anticipar qué prácticas deban prevalecer caso a caso, se busca entender internamente su normatividad para juzgarlas y actuar.

La división de poderes actual no es idónea, porque ignora los poderes fácticos distintos a los estatales. Sin embargo, se debe hacer una prevención importante para que las formas de control constitucional estén a la altura de los cambios: se debe primero entender la lógica de los regímenes injustos para tener capacidad de influir en ellos, pero sin arruinarlos cuando desempeñan una función necesaria dentro del sistema social. En hipótesis, cabría ajustarlos. Esta cuestión ha sido destacada en ciertas discusiones de la democracia deliberativa que, a diferencia de Habermas (1988), señalan la

existencia de múltiples sistemas sin centro (Parkinson y Mansbridge, 2012; Vermeule, 2007, 2011). Incluso en algunos enfoques funcionalistas los derechos son capaces de afectar otros sistemas modificando su normatividad (Luhmann, 2010; Teubner, 2005).

Se trata de revisar las prácticas con enfoque de participantes para evaluar si sus reglas son públicas (si están a la vista de todos u ocultas), recíprocas (si obligan a todos por igual) y equitativas (si tratan con igual respeto). La clave del análisis son la gramática de los derechos y del régimen democrático. Es un hecho conocido que cada vez más los tribunales intervienen en esferas antes intocadas: familia, propiedad, contratos, corporaciones. Muchas de sus soluciones han sido trascendentes. No obstante, por el carácter de su función, su enfoque se constriñe a litis particulares cuyos alcances no son capaces de fijar. Esto dificulta que sus tesis, incluso si son agregadas, puedan ofrecer una mirada holística de las prácticas. El enfoque constitucional ajusta el lente a los escenarios donde es posible imputar responsabilidades. En el pasado esto implicaba un marco de análisis de filosofía política westfaliano, que circunscribía todavía el contexto de la acción humana a los Estados nacionales (Fraser, 2008; Young, 2013).

El estudio se extiende al sistema interamericano de protección de derechos. Debido a la complejidad y pluralidad de los órdenes jurídicos, la legitimidad afincada en los Estados nacionales es cuestionada cada vez más. El concurso de las soberanías y los mercados genera problemas de índole diversa. Pero también en este ámbito más amplio, la facultad de juzgar (Arendt, 2003) atraviesa moral personal, ciudadanía nacional y cosmopolita (Kant, 1993). El acceso a la justicia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee naturaleza política más allá de la materia que se reclame. Este derecho no depende de otro derecho sustantivo, sino que otorga un estatus que traslada un imperativo de justificación al poder político, en este caso internacional. Se propone un marco interpretativo de la práctica judicial que confirme el rol político de los jueces: a través de ellos la democracia alienta mayor participación y oposición (Dahl, 1989). Es una forma de ejercitar la razón pública, de juicios morales a principios constitucionales, y viceversa, en doble vía. Mejor, multidireccional, si se añade el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos.

En relación con lo dicho del acceso a la justicia en distintas sedes, la argumentación constitucional da curso a un derecho-poder constituyente capaz de abrir el código-fuente democrático (Landemore, 2013; 2020). Incluso en el ámbito internacional, como se observa en el párrafo precedente. Las cortes cumplen la misión de guardar el núcleo axiológico de la Consti-

tución tanto en el apartado dogmático del catálogo de derechos como en la parte orgánica sobre el régimen democrático.

Dado que los participantes regulares del foro judicial son abogados y estudiosos del derecho, parece normal asumir que sean sujetos privilegiados para conocer su sustancia y procedimientos. Aunque no se pretende criticar estas funciones básicas tratándose de los casos no problemáticos, estimo que se debe ampliar la perspectiva. El debate constitucional suele suceder en torno a casos difíciles sobre los que pesan desacuerdos profundos; problemas públicos insuficientemente teorizados (Sunstein, 2001). En estas condiciones, el gremio de juristas no posee una autoridad epistémica o práctica mayores al promedio en las zonas borrosas. Asumir lo opuesto no cabe fácilmente en una teoría democrática participativa y deliberativa consistente (Lafont, 2021). Hay que prevenir contra una tendencia a la moralización del razonamiento judicial, que apunta a resolver los desacuerdos persistentes como si la judicatura poseyera alguna perspectiva especial cuando las normas positivas lucen insuficientes.

El enfoque metodológico de las prácticas es un modelo de razón práctica, pero no se reduce al discurso moral, porque se afinca en distintos tipos de regímenes. Es en cada uno de ellos donde se debe calificar la participación de las personas. Esto significa averiguar cómo realizar la autonomía y el autogobierno en todas las prácticas sujetas a juicio; interpretarlas en clave de derechos y democracia: verbigracia, el mercado laboral, las corporaciones y firmas, o incluso la vida familiar. Sospecho que el control difuso y la interpretación conforme en las cuestiones de justicia cotidiana y no sólo en cortes supremas o tribunales constitucionales es análogo en buena medida a esta propuesta. Habrá que echar mano de la imaginación institucional para revitalizar los canales de comunicación entre las diversas prácticas y el sistema constitucional; implantar sensores y cajas de resonancia para que todas las voces sean tenidas en cuenta, en especial las que han sido silenciadas y excluidas.

Si hubiera que sintetizar en pocas líneas la contribución al debate del constitucionalismo reflexivo, ésta consistiría en el señalamiento enfático de la multiplicidad de instituciones formales e informales que cruzan el sistema constitucional afectando sus normas, sin tener control sobre ellas. Se trata de ofrecer una perspectiva que concibe a la sociedad como una red compleja de prácticas, en donde no existe un centro capaz de supervisarlas ni un único conjunto de valores. Regímenes como fiscalidad, mercado o propiedad; otros, como familia, cuidados y protección social, así como ambiente, energías, ciencia y tecnología, se desarrollan fuera del derecho, aunque luego sus normatividades se traslapen. Cada práctica posee reglas propias

porque cumplen fines específicos. Muchas son necesarias para la sociedad. Sin embargo, no fueron concebidas para acoger principios de derechos o democráticos, que poseen también propósitos propios. El constitucionalismo reflexivo ofrece puntos de vista para influir sobre las prácticas que causan injusticias: pobreza, desigualdad, dominación, explotación, exclusión o violencia. Consciente de su deber básico, invita a repensar la realización de los derechos poniendo mayor interés en los instrumentos de participación, en una sala de máquinas que funcione como un mecanismo de relojería de movimiento perpetuo: una democracia abierta. Bajo este enfoque, el acceso a la justicia es reinterpretado como un derecho eminentemente político: supone el poder permanente de disputar y oponerse a la autoridad estatal y a las múltiples violencias de los poderes privados. Es un derecho participativo y deliberativo. Su ejercicio avanza de lo local hasta el sistema internacional-interamericano de derechos humanos, y reclama capacidad de juzgar en calidad de persona, de ciudadano o de sujeto cosmopolita. Pero es importante subrayar que su impulso nace de la ciudadanía, no de la judicatura. Esto no implica minusvalorar los avances de la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, pero obliga a supervisar la labor de los tribunales. No tienen una autoridad práctica o epistémica mayor ni un acceso al discurso moral privilegiado. La renovación del proyecto constitucional exige estar a la altura de la complejidad social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, V., M. J. AÑÓN y C. COURTIS (2003), *Derechos sociales. Instrucciones de uso,* México, Fontamara.

ACEMOGLU, D. y J. A. ROBINSON (2012), *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la riqueza* (Kindle), Barcelona, Deusto.

ACEMOGLU, D. y J. A. ROBINSON (2019), *El pasillo estrecho. Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad,* (Kindle), Barcelona, Deusto.

ACKERMAN, B. (1977), *Private Property and the Constitution,* New Haven and London, Yale University Press.

ACKERMAN, B. (1981), *Social Justice in the Liberal State,* New Haven and London, Yale University Press.

ACKERMAN, B. (1999), "Revolution on a Human Scale", *The Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 8.

ACKERMAN, B. (2007), *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo,* Barcelona, Península.

ACKERMAN, B. (2009), "Más allá de *Carolene Products*", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* año 10, núm. 1.

ACKERMAN, B. (2011), *La Constitución viviente,* Madrid, Marcial Pons.

ACKERMAN, B. (2011), *La nueva division de poderes* (Kindle), México, Fondo de Cultura Económica.

ACKERMAN, B. (2015), *We the People I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense,* Madrid, Traficantes de Sueños.

ACKERMAN, B. (2017), *We the People II. Transformaciones,* Madrid, Traficantes de Sueños.

ACKERMAN, B. (2019), *We the People III. La revolución de los derechos civiles,* Madrid, Traficantes de Sueños.

ACKERMAN, B. (2019), "Adiós, Montesquieu", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* año V, núm. 9.

AGUAYO, S. (2015), *De Tlatelolco a Ayotzinapa. Las violencias del Estado,* México, Editorial Ink.

AGUILÓ REGLA, J. (2010), "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", en Isabel LIFANTE (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho* (E-pub), Lima, Palestra Editores.

AGUILÓ Regla, J. (2019), "En defensa del Estado constitucional de derecho", *Doxa*, núm. 42.

ALBERT, R. y C. BERNAL (eds.) (2016), *Cambio constitucional informal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

ALEXANDER, L. y E. Sherwin (2008), *Demystifying Legal Reasoning,* New York, Cambridge University Press.

ALEXY, R. (1997), *Teoría de la argumentación jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, R. (2005), "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *ICON,* vol. 5, num. 4.

ALEXY, R. (2009), "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta.

ÁLVAREZ MEDINA, S. (2015), "La autonomía personal y la autonomía relacional", *Análisis Filosófico,* XXXV, núm. I.

ÁLVAREZ MEDINA, S. (2021), *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia,* Madrid, Marcial Pons.

ANDERSON, E. (2017), *Private Government. How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It),* Princeton University Press.

ARAGÓN, M. (1998), "Derecho de sufragio", D. NOHLEN, D. ZOVATTO, J. OROZCO y J. THOMPSON (coords.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina,* México, IIDH-Universidad de Heidelberg-IDEA-TEPJF-Fondo de Cultura Económica.

ARANGO, R. (2012), *Democracia social. Un proyecto pendiente,* Ciudad de México, Fontamara.

ARATO, A. (2016), *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy,* New York, Oxford University Press.

ARBALLO, G. (2020), "Memoria y balance del Neoconstitucionalismo", *Revista Jurídica de la Uniersidad de Palermo,* año 18, núm. 2.

ARBALLO, G. (2022), *Brevísimo curso de derecho para no abogados. La Constitución explicada para entender nuestra vida común* (E-pub), Buenos Aires, Siglo XXI.

FUNG, A. y E. O. WRIGHT (eds.) (2003), *Deepening Democracy. Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance,* New York, Verso.

ARENA, F. J. (2022) (coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia,* México, SCJN.

ARENDT, H. (1998a), *La condición humana,* Barcelona, Paidós.

ARENDT, H. (1998b), *Los orígenes del totalitarismo,* Madrid, Taurus.

ARENDT, H. (2003), *Conferencias sobre la filosofía política de Kant,* Buenos Aires, Paidós.

ARENDT, H. (2007), *Responsabilidad y juicio,* Barcelona, Paidós.

ATIENZA, M. (1996), "Lógica y argumentación jurídica", en J. ECHEVERRÍA, J. LORENZO y L. PEÑA (coords.), *Calculemos... Matemática y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas,* Madrid, Trotta.

ATIENZA, M. (2003), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* México, UNAM.

ATIENZA, M. (2006), *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación,* Barcelona, Ariel.

ATIENZA, M. (2016), "La filosofía del derecho como filosofía «regional»". Conferencia del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, disponible en: *http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Atienza.pdf* (consulta 18 de marzo de 2022).

ATIENZA, M. (2022), "Una visión iusfilosófica del derecho", disponible en: *https://dfddip.ua.es/es/documentos/blog-atienza/una-vision-iusfilosofica-del-derecho.pdf?noCache=1571747175982* (consulta 18 de marzo).

AVRITZER, L. (2002), *Democracy and the Public Space in Latin America,* New Jersey, Princeton University Press.

AZUELA, A. (coord.) (2016), *La ciudad y sus reglas. Sobre la huella del derecho en el orden urbano,* México, UNAM.

BARROSO, L. R (2008), *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho,* México, UNAM.

BAYÓN MOHINO, J. C. (1991), *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

BECK, U., A. GIDDENS y S. LASH (1997), *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno,* Madrid, Alianza.

BECK, U. (1998), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Paidós.

BECK, U. (2002), *La sociedad del riesgo global,* Madrid, Siglo XXI.

BEITZ, C. R. (2012), *La idea de los derechos humanos,* Madrid, Marcial Pons.

BELLAMY, R. (2010), *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia,* Madrid, Marcial Pons.

BELLOLIO, C. (2020), *Liberalismo. Una cartografía* (E-pub), Santiago de Chile, Taurus.

BENHABIB, S. (2005), *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos,* Barcelona, Gedisa.

BERNAL PULIDO, C. (2005), *El derecho de los derechos,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BERNAL PULIDO, C. (2018), *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho* (E-pub), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BERNSTEIN, R. J. (1983), *La reestructuración de la teoría social y política*, México, Fondo de Cultura Económica.

BICCHIERI, C. (2006), *The Grammar of Society. The Nature and Dynamics of Social Norms,* New York, Cambridge University Press.

BICCHIERI, C. (2019), *Nadar en contra de la corriente,* Bogotá, Paidós.

BLOOR, D. (2002), *Wittgenstein, Rules and Institutions,* London and New York, Routledge.

BLOOR, D. (1983), *Wittgenstein. A Social Theory of Knowledge,* New York, Columbia University Press.

BLUMENBERG, H. (2000), *La risa de la muchacha tracia. Una protohistoria de la teoría,* Valencia, Pre-textos.

BOBBIO, N. (1993), *El positivismo jurídico,* Madrid, Debate.

BOBBIO, N. (1996), *El futuro de la democracia,* México, Fondo de Cultura Económica.

BOGDANDY, A. e I. VENZKE (2016), *¿En nombre de quién? Una teoría del derecho público sobre la actividad judicial internacional,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BOGDANDY, A., H. FIX-FIERRO y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.) (2014), Ius constitutionale commune *en América Latina. Ragos, potencialidades y desafíos,* México, UNAM-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

BOGDANDY, A., M. MORALES ANTONIAZZI, E. FERRER MAC-GREGOR (coords.) (2017), Ius constitutionale commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión,* México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

BOGDANDY, A., P. SALAZAR UGARTE, M. MORALES ANTONIAZZI y F. C. EBERT (2018), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo,* México, UNAM-Max Planck Institute.

BOGDANDY, A. (2020a), *Transformaciones del derecho público. Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales,* México, UNAM-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

BOGDANDY, A. (2020b), *Por un derecho común para América Latina: Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales* (E-pub), Buenos Aires, Siglo XXI.

BOGDANDY, A, y F. C. EBERT (2020), "El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: panorama general y pasos concretos", en A. BOGDANDY, *Transformaciones del derecho público. Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales,* México, UNAM-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

BOLTANSKI, L. y L. THÉVENOT (2006), *On Justification. Economies of Worth,* Princeton and Oxford, Princeton University Press.

BONILLA MALDONADO, D. (ed.) (2015), *Constitucionalismo del Sur Global,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

BONILLA MALDONADO, D. (comp.) (2016), *El constitucionalismo en el continente americano,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad EAFIT-Universidad de los Andes.

BONILLA MALDONADO, D. y C. CRAWFORD (coords.) (2019), *El acceso a la justicia: teoría y práctica desde una perspectiva comparada,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.

BOURDIEU, P. (1987), "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field", *Hastings Law Journal,* vol. 38.

BOURDIEU, P. (2007) *El sentido práctico,* Buenos Aires, Siglo XXI.

BRENNAN, G., L. ERIKSSON, R. E. GOODIN, y N. SOUTHWOOD (2013), *Explaining Norms,* New York, Oxford University Press.

BRENNAN, G. y J. M. BUCHANAN (1985), *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy,* New York, Cambridge University Press.

BRONCANO, F. (2003), *Saber en condiciones. Epistemología para escépticos y materialistas,* Madrid, A. Machado Libros.

BRONCANO, F. (2020), *Conocimiento expropiado. Epistemología política en una democracia radical* (Kindle), Madrid, Akal.

BULYGIN, E. (1993), "Entrevista a Eugenio Bulygin (Ricardo Caracciolo)", *Doxa,* 14.

BULYGIN, E. (2006), *El positivismo jurídico,* México, Fontamara.

BUTLER, J. y A. ATHANASIOU (2017), *Desposesión: lo performativo en lo político,* Buenos Aires, Eterna Cadencia Editora.

CAMPS, V. (2021), *Tiempo de cuidados. Otra forma de estar en el mundo,* Barcelona (E-pub), Arpa & Alfil Editores, .

CAPPELLETTI, M. y B. GARTH (1978), "Access to Justice: The Newest Wave in The Worldwide Movement to Make Rights Effective", *Buffalo Law Review*, vol. 27.

CARBONELL, M. (ed.) (2003), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta.

CARBONELL, M. (ed.) (2007), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos,* Madrid, Trotta.

CARBONELL, M. y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.) (2010), *El canon neoconstitucional,* Madrid, Trotta-UNAM.

CÁRDENAS GRACIA, J. (2018), *El significado jurídico del neoliberalismo,* México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

CÁRDENAS GRACIA, J. (2021), "Argumentación legislativa y otras modalidades de argumentación", en CRUZ PARCERO, J. A. e FLORES, I. B. (eds.), *Teoría de la argumentación jurídica,* México, Tirant lo Blanch-UNAM.

CARPIZO, J. (1994), *El presidencialismo mexicano,* México, Siglo XXI.

CASTAÑEDA, J. (2016), "Por una candidatura independiente única", *Nexos*, febrero.

CELANO, B. (2020), *Los derechos en el Estado constitucional,* Lima (E-pub), Palestra.

CIDH (2009), *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos,* 30 de diciembre.

CLÉRICO, L. y M. ALDAO (2014), "De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el Derecho Constitucional Interamericano", en BOGDANDY, A., FIX-FIERRO, H. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), Ius constitutionale commune *en América Latina*, México, UNAM.

COHEN, G. A. (2001), *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?,* Barcelona, Paidós.

COHEN, G. A. (2011), *¿Por qué no el socialismo?* (E-pub), Madrid, Katz Editores.

COLÓN RÍOS, J. I. (2012), *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power,* New York, Routledge.

COLÓN-RÍOS, J. I. (2013), *La constitución de la democracia,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

COMANDUCCI, P. (2016), *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales,* México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

CONCHA CANTÚ, H. A., H. FIX FIERRO, J. Flores y D. VALADÉS (2004), *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores,* México, UNAM.

CORREAS, Ó. (2006), *Introducción a la crítica del derecho moderno,* México, Fontamara.

CORTE IDH (2001), *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto.

CORTE IDH (2005a), *Caso Yatama vs. Nicaragua,* sentencia del 23 de junio.

CORTE IDH (2005b), *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio.

CORTE IDH (2008), *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 8 de agosto.

CORTE IDH (2010a), *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia,* sentencia del 26 de mayo.

CORTE IDH (2010b), *Caso Chitay Neh y otros vs. Guatemala,* sentencia del 25 de mayo.

CORTE IDH (2012), *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia del 27 de junio.

CORTE IDH (2015a), *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, sentencia del 8 de octubre.

CORTE IDH (2015b), *Caso Pueblo Kaliña y Lokono vs. Surinam*, sentencia del 25 de noviembre.

CORTE IDH, (2018), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* núm. 20. Derechos Políticos, San José.

COSSÍO DÍAZ, J. R. (2018), *El sistema de justicia. Trayectorias y descolocaciones* (Kindle), México, Fondo de Cultura Económica.

COSSÍO, J. R. (2020), *Biografía judicial del 68. El uso político del derecho contra el movimiento estudiantil* (Kindle), México, Debate.

COSSÍO, J.R y C. LOMNITZ (2022), *El jurista y el antropólogo. Conversaciones desde la curiosidad* (Kindle), Ciudad de México, Debate.

COURTIS, C. (coord.) (2021), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESCA),* 2 vols., Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CRAWFORD, C. (2019), "El acceso a la justicia de los derechos colectivos y difusos: retos y oportunidades teóricas para la teoría del contrato social", en D. BONILLA MALDONADO y C. CRAWFORD (coords.), *El acceso a la justicia: teoría y práctica desde una perspectiva comparada,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.

CROWE, J. (2018), "The Role of Snap Judgments in Constitutional Deliberation: A Dialectical Equilibrium Model", en R. LEVY, H. KONG, G. Orr y J. KING (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism,* Cambridge, Cambridge University Press.

CRUZ PARCERO, J. A. (2017), *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos,* México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

CRUZ PARCERO, J. A. (2017), "Derechos sociales y teorías de la justicia", en Á. ARAGÓN RIVERA, L. GONZÁLEZ PLACENCIA y M. A. HERNÁNDEZ (coords.), *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica. Hacia un equilibrio reflexivo entre el horizonte normativo y las expectativas ciudadanas de justicia,* Ciudad de México, Tirant lo Blanch.

CUÉLLAR M., R., y J. Thompson (2012), "Presentación", en VVAA, *Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales,* San Jose, IIDH.

CUMMINGS, S. (2019), "Abogacía en pro de los movimientos sociales", D. BONILLA MALDONADO y C. CRAWFORD (coords.), *El acceso a la justicia: teoría y práctica desde una perspectiva comparada,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.

DAHL, R. A. (1989), *La poliarquía. Participación y oposición,* Madrid, Tecnos.

DAHL, R. A. (1991), *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control,* México, Alianza Editorial.

DAHL, R. A. (2003), *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?,* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

DAHL, R. A. (2006), *On Political Equality,* New Haven and London, Yale University Press.

DALLA VÍA, A (2003), "El régimen electoral y los partidos políticos", en Antonio María HERNÁNDEZ y Diego VALADÉS (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos,* México, UNAM.

DALLA VÍA, A. (2012), "Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales", en VV AA, *Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales,* San José, C. R., IIDH.

DALLA VÍA, A. (2011), "Los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos", *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,* cuarta época, vol. 1, núm. 8.

DOMÈNECH, A. (2019), *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista* (E-pub), Madrid, Akal.

DOUGLAS, M. (1996), *Cómo piensan las instituciones,* Madrid, Alianza.

DOWDLE, M. W. y M. A. WILKINSON (eds.) (2017), *Constitutionalism beyond Liberalism,* Cambridge, Cambridge University Press.

DUSSEL, E. (1998), *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión,* Madrid, Trotta.

DUSSEL, E. (2007), *Política de la liberación: historia mundial y crítica,* Madrid, Trotta.

DUSSEL, E. (2017), *Filosofías del Sur. Descolonización y transmodernidad* (E-pub), Ciudad de México, Akal.

DWORKIN, R. (1992), *El imperio de la justicia,* Barcelona, Gedisa.

DWORKIN, R. (2002), *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel.

DWORKIN, R. (2007), *La justicia con toga,* Madrid, Marcial Pons.

DWORKIN, R. (2012), *Una cuestión de principios,* Buenos Aires, Siglo XXI.

DYZENHAUS, D. (2007), "The Politics of the Question of Constituent Power", en M. LOUGHLIN y N. WALKER (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form,* New York, Oxford University Press.

DYZENHAUS, D. (2018), "Deliberative Constitutionalism through the Lens of the Administrative State", R. LEVY, H. KONG, G. ORR y J. KING (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism,* Cambridge, Cambridge University Press.

ELIAS, N., y J. L. SCOTT (2015), *Establecidos y marginados. Una investigación sociológica sobre problemas comunitarios,* México, Fondo de Cultura Económica.

ELSTER, J. (1998), *La democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa.

ELY, J. H. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review,* Cambridge, Harvard University Press.

EPSTEIN, R, A. (1985), *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain,* Harvard University Press.

ESCALANTE GONZALBO, F. (2015), *Historia minima del neoliberalismo,* México, El Colegio de México.

ESPEJO YAKSIC, N. y A. M. IBARRA OLGUÍN (eds.) (2020), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas,* Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ETINSON, A. D. (2010), "To be or not to be: Charles Beitz on the Philosophy of Human Rights", *Res Publica* 16.

FAINSTEIN, S. S. (2011), *The Just City*, Ithaca, Cornell University Press.

FERNÁNDEZ, E. (1997), *Entre la razón de Estado y el Estado de derecho: la racionalidad política,* Madrid, Dykinson.

FERRAJOLI, L. (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. (2011), *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional,* Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. (2014), *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político,* Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. (2018), *Constitucionalismo más allá del Estado,* Madrid, Trotta.

FERRARA, A. (2014), *El horizonte democrático. El hiperpluralismo y la renovación del liberalismo político* (E-pub), Barcelona, Herder.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2011a), "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* vol. 44, núm. 131.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2011b), "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano", *Estudios Constitucionales,* año 9, núm. 2.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2019), "Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales", en A. BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI y P. SAAVEDRA ALESSANDRI (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades,* México, UNAM-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

FERRERAS, I. (2017), *Firms as Political Entities. Saving Democracy through Economic Bicameralism,* New York, Cambridge University Press.

FISS, O. (2007), *El derecho como razón pública,* Madrid, Marcial Pons.

FISS, O. (2008), *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos,* México, Fontamara.

FORRESTER, K. (2019), *In the Shadow of Justice. Postwar Liberalism and the Remaking of Political Philosophy,* Princeton University Press.

FORST, R. (2012), *The Right to Justification. Elements of a Constructivist Theory of Justice,* New York, Columbia University Press.

FORST, R. (2014), *Justification and Critique* (Kindle), Cambridge, Polity Press.

FORST, R., *et. al.* (2014), *Justice, Democracy and the Right to Justification,* Bloomsbury.

FRANCIONI, F. (2007), "The Rights of Access to Justice under Customary International Law", F. Francioni (ed.), *Access to Justice as a Human Right,* New York, Oxford University Press, 65-138.

FRANCISCO, A. (2021), "Republicanismo", en Í. GONZÁLEZ RICOY y J. QUERALT (eds.), *Razones públicas. Una introducción a la filosofía política* (Kindle), Barcelona, Ariel.

FRASER, N. y A. HONNETH (2004), *Redistribution or Recognition. A Political-Philosophical Exchange*, Verso.

FRASER, N. (2008), *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder.

FRASER, N. (2016), "El capital y los cuidados", *New Left Review*, núm. 100.

FRASER, N. (2017), "Criticizing Capitalism", en P. DEUTSCHER y C. LAFONT (ed.), *Critical Theory in Critical Times. Transforming the Global Political and Economic Order*, New York, Columbia University Press.

FRASER, N. y R. JAEGGI (2019), *Capitalismo. Una conversación desde la teoría crítica*, Madrid, Morata.

FRASER, N. (2020), *Prácticas rebeldes. Poder, discurso y género en la teoría social contemporánea*, Buenos Aires, Prometeo Libros.

FRASER, N. (2023), *Cannibal Capitalism*, London, Verso.

FREIDENBERG, F. (1998), "¿Democracia interna en los partidos políticos?", en D. NOHLEN, D. ZOVATTO, J. OROZCO y J. THOMPSON (coords.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, IIDH-Universidad de Heidelberg-IDEA-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Fondo de Cultura Económica.

FRICKER, M. (2017), *Injusticia epistémica*, Barcelona, Herder.

GAMA, L. (2019), *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

GAMERO CABRERA, I. G. (2017), "Juegos de lenguaje sociales y palabras que dañan. Un estudio sobre la interpretación aplicada a la obra del segundo Wittgenstein", *Tópicos*, núm. 33-34.

GARCÍA AMADO, J. A. (2016), "Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza", en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis.

GARCÍA Amado, J. A. y D. M. PAPAYANNIS (eds.) (2020), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Lima, Palestra.

GARCÍA JARAMILLO, L. (2015), *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, México, UNAM.

GARCÍA VILLEGAS, M. (2012), "Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina", *Análisis Político*, núm. 75.

GARDBAUM, S. (2013), *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice,* Cambridge University Press.

GARGARELLA, R. (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política,* Barcelona, Paidós.

GARGARELLA, R. (2005a), *El derecho a la protesta. El primer derecho,* Buenos Aires, Ad Hoc.

GARGARELLA, R. *et. al.* (2005b), *El derecho a resistir,* Buenos Aires, Miño y Dávila.

GARGARELLA, R. (comp.) (2014), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI.

GARGARELLA, R. (2014), *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (E-pub), Buenos Aires, Katz.

GARGARELLA, R. (2015), *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta* (E-pub), Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

GARGARELLA, R. (2018), "Constitution Making in the Context of Plural Societies. The «Accumulation Strategy»", en J. ELSTER, R. GARGARELLA, V. NARESH, B. E. RASCH (eds.), *Constituent Assemblies,* New York, Cambridge University Press.

GARGARELLA, R. (2020), *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis,* Buenos Aires, Siglo XXI.

GARGARELLA, R. (2021a), *El derecho como una conversación entre iguales* (E-pub), Buenos Aires, Siglo XXI.

GARGARELLA, R. (2021b), "Constitucionalismo", en Í. GONZÁLEZ RICOY y J. QUERALT (eds.), *Razones públicas. Una introducción a la filosofía política* (Kindle), Barcelona, Ariel.

GARGARELLA, R. (2022), "Epílogo: conversar sobre *Constitución y democracia*", *Revista República y Derecho,* vol. VII.

GARZÓN VALDÉS, E. (1989), "Algo más acerca del coto vedado", *Doxa,* núm. 6.

GARZÓN VALDÉS, E. (1993), "Representación y democracia", *Derecho, ética y política,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

GARZÓN VALDÉS, E. (1994), "Instituciones suicidas", *Isegoría,* núm. 9.

GHOSH, E. (2018), "Deliberative Constitucionalism: An Empirical Dimension", en Ron LEVY, Hoy KONG, Graeme ORR and Jeff KING, *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism,* Cambridge University Press.

GIDDENS, A. (1999), *Consecuencias de la modernidad,* Madrid, Alianza.

GIDDENS, A. (2000a), *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época cotemporánea*, Barcelona, Península.

GIDDENS, A. (2000b), *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, México, Taurus.

GILLIGAN, C. (2009) *In a Different Voice. Psyhological Theory and Women's Develpment*, Harvard University Press.

GILLIGAN, C. (2013), *La ética del cuidado*, Barcelona.

GIRE (2017), *Horas hábiles. Corresponsabilidad en la vida laboral y personal*, Ciudad de México.

GOFFMAN, E. (1997), *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Buenos Aires, Amorrortu.

GOFFMAN, E. (2006), *Estigma. La identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu.

GOMES CANOTILHO, J. J. (1995), "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, núm. 43.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2017), *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Barcelona, Marcial Pons.

GOODIN, R. E. (2003), *Reflective Democracy*, Oxford University Press.

GOODIN, R. E. (2008), *Innovating Democracy. Democratic Theory and Practice After the Deliberative Turn*, New York, Oxford University Press.

GREPPI, A. (2012), *La democracia y su contrario: representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta.

GREPPI, A. (2016), *Teatrocracia. Apología de la representación*, Madrid, Trotta.

GREPPI, A. (2022), *Teoría constitucional y representación política. La doctrina estándar y su obsolescencia*, Madrid, Marcial Pons.

GRIMM, D. (2020), "La Constitución en el proceso de desestatización", en *Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro* (E-pub), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

GROSMAN, L. S. (2019), "El control judicial de las políticas sociales", en P. RIBERI (coord.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, México, UNAM.

GUTIÉRREZ, A. B. (2012), *Las prácticas sociales. Una introducción a Pierre Bourdieu* (Kindle), Villa María, Eduvim.

GUTMAN, A. y D. F. THOMPSON (1998), *Democracy and Disagreement*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.

HÄBERLE, P. (1998), *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta.

HÄBERLE, P. (2002a), *Constitución como cultura*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

HÄBERLE, P. (2002b), *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta,* Madrid, Tecnos.

HÄBERLE, P. (2003), *El Estado constitucional,* México, UNAM.

HÄBERLE, P. J. HABERMAS, L. FERRAJOLI y E. VITALE (2004), *La constitucionalización de Europa,* México, UNAM.

HÄBERLE, P. (2020a), *Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional* (E-pub), Lima, Palestra.

HÄBERLE, P. (2020b), *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional* (E-pub), Lima, Palestra.

HABERMAS, J. (1989), *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío,* Buenos Aires, Amorrortu.

HABERMAS, J. (1996), "La filosofía como vigilante (PLATZHALTER) e intérprete", en *Conciencia moral y acción comunicativa,* Barcelona, Península.

HABERMAS, J. (1997), "Consideraciones finales", en J. A. GIMBERNAT (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas,* Madrid, Biblioteca Nueva.

HABERMAS, J. (1998a), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Madrid, Trotta.

HABERMAS, J. (1998), "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en *Debate sobre el liberalismo político,* Barcelona, Paidós.

HABERMAS, J. (1999a), *Teoría de la acción comunicativa,* 2 vols., Madrid, Taurus.

HABERMAS, J. (1999b), *La inclusión del otro. Estudios de teoría política,* Barcelona, Paidós.

HABERMAS, J. (2000), "La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho", en *Ensayos políticos,* Barcelona, Península.

HABERMAS, J. (2002), *Identidades nacionales y posnacionales,* Madrid, Tecnos.

HANNON, M. (2019), *What's the Point of Knowledge. A Function-First Epistemology,* New York, Oxford University Press.

HART, H. L. A. (1963), *El concepto de derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

HART, H. L. A. (2000), *Post scríptum al concepto de derecho,* México, UNAM.

HAYEK, F. A. (1978), *The Constitution of Liberty,* Chicago, The University of Chicago Press.

HEYES, C. J. (ed.) (2003), *The Grammar of Politics. Wittgenstein and Political Philosophy,* New York, Ithaca and London, Cornell University Press.

HIRSCHL, R. (2004), *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism,* Cambridge, Harvard University Press.

HIRSCHL, R. (2010), *Constitutional Theocracy,* Cambridge, Harvard University Press.

HIRSCHL, R. (2019), *Asuntos comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

HONNETH, A. (1997), *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales,* Barcelona, Crítica.

HONNETH, A. (2014), *Reconocimiento. Una historia de las ideas europeas* (E-book), Madrid, Akal.

HONNETH, A. (2014) *Freedom's Right. The Social Foundations of Democratic Life,* Cambridge, Polity Press.

HUNTINGTON, S. (1996), *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century,* University of Oklahoma Press.

HUTCHINS, E. (1995), *Cognition in the Wild,* Cambridge, The MIT Press.

IGLESIAS VILA, M. (2016), "¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXII.

INNERARITY, D. (2018), *Comprender la democracia* (E-pub), Barcelona, Gedisa.

INNERARITY, D. (2020), *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI,* Barcelona, Galaxia Gutenberg (E-pub).

INNERARITY, D. (2022), *La sociedad del desconocimiento* (E-pub), Barcelona, Galaxia Gutenberg.

ISLAS-COLÍN, A. y A. DÍAZ ALVARADO (2016), "El derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos: construcción doctrinal y jurisprudencial", *Prospectiva Jurídica,* México, año 7, núm. 14.

JAEGGI, R. (2017), "A Wide Concept of Economy: Economy as a Social Practice and the Critique of Capitalism", P. DEUTSCHER y C. LAFONT (eds.), *Critical Theory in Critical Times,* New York, Columbia University Press.

JAEGGI, R. (2018), *Critique of Forms of Life,* Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.

KAHNEMAN, D., O. SIBONY y C. R. SUNSTEIN (2021), *Ruido. Un fallo en el juicio humano,* Barcelona, Debate.

KANT, I. (1987), *Primera introducción a la "Crítica del juicio",* Madrid, Visor.

KANT, I. (1992), "¿Qué es la Ilustración?", en *Filosofía de la historia,* Madrid, Fondo de Cultura Económica.

KANT, I. (1993), *Teoría y práctica,* Madrid, Tecnos.

KANT, I. (1997), *Crítica del juicio,* Madrid, Espasa-Calpe.

KANT, I. (2011), *Sobre la paz perpetua,* Madrid, Ediciones Akal.

KARCZMARCZYK, P. (2017), "El seguimiento de reglas ¿es la *praxis* de un sujeto? Wittgenstein y las ciencias sociales", *Tópicos,* núm. 33-34.

KELSEN, H. (2005), *Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofía,* México, Coyoacán.

KIDD, I. J., J. MEDINA y G. POHLHAUS (eds.) (2017), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice,* New York, Routledge.

KITCHER, P. (2021), *Moral Progress,* New York, Oxford University Press.

MOORE, B. (1996), *La injusticia. Bases sociales de la obediencia y la rebelión,* México, UNAM.

KOHLBERG, L., F. C. POWER y A. HIGGINS (1997), *La educación moral según Lawrence Kohlberg,* Barcelona, Gedisa.

KOSELLECK, R. (2012), "Desplazamiento de los límites de la emancipación. Un esbozo histórico-conceptual", en *Historias de conceptos. Estudios sobre semántica y pragmática del lenguaje político y social,* Madrid, Trotta.

KRAMER, L. D. (2004), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review,* New York, Oxford University Press.

KYMLICKA, W. (1996), *Ciudadanía multicultural,* Barcelona, Paidós.

KUMM, M. (2007-2008), "Institutionalising Socratic Contestation: the Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authorithy and the Point of Judicial Review", *European Journal of Legal Studies,* núm. 1.

KUMM, M. (2010), "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: the Point of Rights-Based Proportionality Review", *Law and Ethics of Human Rights,* vol. 4, núm. 2.

LACLAU, E. (2005), *La razón populista,* México, Fondo de Cultura Económica.

LAFONT, C. (2016), "Should We Take the 'Human' Out of Human Rights? Human Dignity in a Corporate World", *Ethics & International Affairs*, vol. 30, Issue 2.

LAFONT, C. (2018), "Neoliberal Globalization and the International Protection of Human Rights", *Constellations,* 25.

LAFONT, C. (2021), *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa* (E-pub), Madrid, Trotta.

LAMO DE ESPINOSA, E. (1990), *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto de conocimiento,* Madrid, Siglo XXI.

LANDEMORE, H. y J. ELSTER (eds.) (2012), *Collective Wisdom. Principles and Mechanisms,* New York, Cambridge University Press.

LANDEMORE, H. (2013), *Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many,* Princeton, University Press.

LANDEMORE, H. e I. FERRERAS (2016), "In Defense of Workplace Democracy: Towards a Justification of the Firm-State Analogy", *Political Theory,* 44 (1).

LANDEMORE, H. (2020), *Open Democracy. Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century,* Princeton University Press.

LANGFORD, M., C. RODRÍGUEZ GARAVITO y J. ROSSI (eds.) (2017), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento,* Bogotá, DeJusticia.

LA TORRE, M. (2011), "Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos. Constitución y «estado de excepción»", *Derechos y Libertades,* núm. 24, época II.

LA TORRE, M. (2020), *Law as Institution,* Springer, 2020.

LEMIEUX, C. (2017), *Gramáticas de la acción social. Refundar las ciencias sociales para recuperar su dimensión crítica,* Buenos Aires, Siglo XXI.

LEVY, R., H. KONG, G. ORR y J. KING (eds.) (2018), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism,* Cambridge University Press.

LISSIDINI, A., Y. WELP y D. ZOVATTO (coords.) (2014), *Democracias en movimiento. Mecanismos de democracia directa y participativa en América Latina,* México, UNAM.

LISSIDINI, A., Y. WELP y D. ZOVATTO (coords.) (2008), *Democracia directa en Latinoamérica,* Buenos Aires, Prometeo Libros.

LÓPEZ GUERRA, L. (2019), "La evolución de las funciones de los tribunales constitucionales y el principio democrático", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* año V, núm. 9.

LÓPEZ NORIEGA, S. y L. H. OROZCO Y VILLA (2022), "Constitución 3.0. La ley y la inteligencia artificial", *Nexos,* núm. 535, julio.

LOUGHLIN, M. (2003), *The Idea of Public Law,* New York, Oxford University Press.

LOUGHLIN, M. y N. WALKER (eds.) (2007), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form,* New York, Oxford University Press.

LOUGHLIN, M. (2017a), "On Constituent Power", en M. W. DOWDLE y M. A. WILKINSON (eds.), *Constitutionalism beyond Liberalism,* Cambridge University Press.

LOUGHLIN, M. (2017b), *Political Jurisprudence,* New York, Oxford University Press.

LOUGHLIN, M. (2022), *Against Constitutionalism,* Cambridge, Harvard University Press.

LUHMANN, N. (2010), *Los derechos humanos como institución (aportación a la sociología política),* México, Universidad Iberoamericana.

MALEM, J. (2009), "Los saberes del juez", J. F. MALEM SEÑA, F. J. EZQUIAGA GANUZAS y P. ANDRÉS IBAÑEZ, *El error judicial. La formación de los jueces,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

MANIN, B. (2006), *Los principios del gobierno representativo,* Madrid, Alianza.

MARSHALL, T. H. y T. BOTTOMORE (1998), *Ciudadanía y clase social,* Madrid, Alianza.

MARTÍ, J. L. (2006), *La república deliberativa. Una teoría de la democracia,* Madrid, Marcial Pons.

MASON, P. (2016), *Postcapitalismo. Hacia un nuevo futuro* (Kindle), Barcelona, Paidós.

MCCORMICK, J. P. (2007), "People and Elites in Republican Constitutions, Traditional and Modern", en Martin LOUGHLIN y Neil WALKER (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form,* New York, Oxford University Press.

MCMAHON, C. (2013), *Public Capitalism. The Political Authority of Corporate Executives,* Pennsylvania, University of Pennsylvania Press.

MEDEARIS, J. (2015), *Why Democracy is Oppositional,* Harvard University Press.

MEDINA, J. (2013), *The Epistemology of Resistance. Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistance Imaginations,* New York, Oxford University Press.

MEINECKE, F. (1997), *La idea de la razón de estado en la edad moderna,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

MENKE, C. (2020), *Por qué el derecho es violento (y debería reconocerlo),* Buenos Aires, Siglo XXI.

MERINO, M. (2003), *La transición votada,* Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.

MERINO, M. y C. VILALTA (2014), *La desigualdad de trato en el diseño del gasto público federal mexicano,* Ciudad de México, CIDE-Conapred.

MERINO, M. *et. al.* (2015), *Desiguales, invisibles y excluidos. Discriminación presupuestaria y grupos vulnerables 2010-2013,* Ciudad de México, CIDE-Conapred.

MEZA SALAZAR, S. (2002), "La democracia y el sistema interamericano: de la Carta de la OEA a la Carta Democrática Interamericana", *Agenda Internacional*, año VII, núm. 16.

MORALES, L. (2015), *Derechos sociales constitucionales y democracia,* Madrid, Marcial Pons.

MORALES ANTONIAZZI, M. (2015), *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del* ius constitutionale commune, México, UNAM.

MORALES SÁNCHEZ, J. (2021), "La deseable sinergia entre las comisiones de derechos humanos y el Poder Judicial en México en la protección de los DESCA. Propuestas de renovación para una relación inexistente", en C. COURTIS (coord.), *Manual sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)* t. I, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

MORESO, J. J. (1997), *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MORESO, J. J. (2021), "In the Region of Middle Axioms: Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium and Mid-level Principles", *Law and Philosophy,* núm. 40.

MORESO, J. J. (2022), "Gargarella sobre la democracia constitucional: un pequeño y sucio secreto", *Revista de Libros,* 28 de julio.

MORLINO, L. (2005), *Democracia y democratizaciones,* Ciudad de México, Centro de Estudios de Política Comparada.

MORLINO, L. (2014), *La calidad de las democracias en América Latina,* San José, IDEA.

MORSINK J. (1999), *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent,* University of Pennsylvania Press.

MOUFFE, C. (2003), *La paradoja democrática,* Barcelona, Gedisa.

MOUFFE, C. (2014), *Agonística. Pensar el mundo políticamente,* Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.

MOYN, S. (2015), *La última utopía. Los derechos humanos en la historia,* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

MOYN, S. (2021), "Un compañero débil: los derechos humanos en la era del neoliberalismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* año VII, núm. 12.

MUGUERZA, J. (1997), "De la conciencia al discurso: ¿un viaje de ida y vuelta? Algunas reflexiones en torno a la teoría de los usos de la razón práctica de Jürgen Habermas", en J. A. GIMBERNAT (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas,* Madrid, Biblioteca Nueva.

NAGEL, T. (1996), *Una visión de ningún lugar,* México, Fondo de Cultura Económica.

NEGRETTO, G. L. (2015), *La política del cambio constitucional en América Latina,* México, Fondo de Cultura Económica.

NIEMBRO ORTEGA, R. (2021), *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos,* México, UNAM-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

NIKKEN, P. (2006), "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", *Revista IIDH*, vol. 43.

NINO, C. S. (1989a), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* Barcelona, Ariel.

NINO, C. S. (1989b), *El constructivismo ético,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

NINO, C. S. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Buenos Aires, Editorial Astrea.

NINO, C. S. (1997), *La constitución de la democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa.

NINO, C. S. (2007), *Derecho, moral y política I,* Buenos Aires, Gedisa.

NINO, C. S. (2013), "La Constitución como convención", en *Una teoría de la justicia para la democracia,* Buenos Aires, Siglo XXI.

NUSSBAUM, M. C. (2002), *Las mujeres y el desarrollo humano,* Barcelona, Herder.

NUSSBAUM, M. C. (2007), *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Barcelona, Paidós.

NUSSBAUM, M. C. (2012), *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano,* Barcelona, Paidós.

O'DONNELL, G. (2002), "Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina", J. E. MÉNDEZ, G. O'DONNELl y P. S. PINHEIRO (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina,* Buenos Aires, Paidós.

O'DONNELL, G. (2007), *Democracia-Estado-ciudadanía. Hacia un Estado de y para la democracia en América Latina,* Lima, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

O'DONNELL, G. (2010), *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa,* Buenos Aires, Prometeo Libros.

OKIN, S. M. (1989), *Justice, Gender and the Family,* Nueva York, Basic Books.

OKIN, S. M. (1999) (ed.), *Is Multiculturalism Bad for Women?* Princeton, Princeton University Press.

OLSON, K. (2006), *Reflexive Democracy. Political Equality and the Welfare State,* Cambridge, The MIT Press.

PAPAYANNIS, D. M. (2016), *El derecho privado como cuestión pública,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

PAPAYANNIS, D. M. (2022), "No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 45.

PARIJS, P. y Y. VANDERBORGHT (2015), *La renta básica,* Barcelona, Ariel.

PARKINSON, J. (2018), "Ideas of Constitutions and Deliberative Democracy and How They Interact", en R. LEVY, H. KONG, G. ORR y J. KING (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism,* Cambridge University Press.

PARKINSON, J. (2012), "Democratizing Deliberative Systems", en J. PARKINSON y J, MANSBRIDGE (eds.), *Deliberative Systems*, New York, Cambridge University Press.

PARKINSON, J. y J. MANSBRIDGE (eds.) (2012), *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at the Large Scale,* New York, Cambridge University Press.

PEÑA, C. (2020), *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional,* (Kindle), Santiago de Chile, Taurus.

PEREDA, C. (1994a), *Razón e incertidumbre,* México, Siglo XXI-UNAM.

PEREDA, C. (1994b), *Vértigos argumentales. Una ética de la disputa,* Barcelona, Anthropos.

PEREDA, C. (2009), *Sobre la confianza,* Barcelona, Herder.

PEREDA, C. (2012), "Filosofía en primera, en segunda y en tercera persona", *Open Insight,* vol. III, núm. 4.

PEREDA, C. (2018), *Patologías del juicio. Un ensayo sobre literatura, moral y estética nómada,* Ciudad de México, Secretaría de Cultura-UNAM.

PEREYRA, C. (2012), *Sobre la democracia*, Ciudad de México, Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco.

PETERS, A. (2018), "Los méritos del constitucionalismo global", *Revista Derecho del Estado,* núm. 40.

PETTIT, P. (1999), *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno,* Barcelona, Paidós.

PETTIT, P. (2012), *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy,* Cambridge, Cambridge University Press.

PETTIT, P. (2013), "Meritocratic Representation", en D. BELL y L. CHENYANG, *The East Asian Challenge for Democracy: Political Meritocracy in Comparative Perspective,* Cambridge, Cambridge University Press.

PETTIT, P. (2014), *Just Freedom. A Moral Compass for a Complex World,* Norton and Company.

PHILLIPS, A. (2007), *Multiculturalism without Culture,* New Jersey, Princeton University Press.

PIKETTY, T. (2014), *El capital en el siglo XXI* (Kindle), México, Fondo de Cultura Económica.

PIKETTY, T. (2017), "Por otra globalización", *¡Ciudadanos a las urnas! Crónicas del mundo actual,* Ciudad de México, Siglo XXI.

PIKETTY, T. (2020), *Capital e ideología* (E-pub), México, Libros Grano de Sal.

PIKETTY, T. (2021), *Una breve historia de la igualdad* (Kindle), Barcelona, Deusto.

PISARELLO, G. y A. CABO (eds.) (2006), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta.

PISARELLO, G. (2007), *Los derechos sociales y su garantía,* Madrid, Trotta.

PISARELLO, G. (2021), "Estado social constitucional, garantías y democracia: el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales", en C. COURTIS (coord.), *Manual sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)* t. I, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

PITKIN, H. F. (1972), *Wittgenstein and Justice. On the Significance of Ludwig Wittgenstein for Social and Political Thought,* Berkeley and Los Angeles, University of California Press.

PITKIN, H. F. (2014), *El concepto de representación,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PNUD (2004), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos,* Buenos Aires, Altea.

PNUD (2007), *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la democracia en América Latina,* Lima.

PNUD (2010), *Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas de México,* México, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo-Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

PNUD-OEA (2010), *Nuestra democracia,* Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.

POCOCK, J. G. A. (2011), "El concepto de lenguaje y el *métier d'historien:* reflexiones en torno a su ejercicio", *Pensamiento político e historia. Ensayos sobre teoría y método* (E-pub), Madrid, Akal.

POSNER, R. (2011), *Cómo deciden los jueces,* Madrid, Marcial Pons.

POZZOLO, S. (2018), *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (Kindle), Lima, Palestra.

PRIETO SANCHÍS, L. (2017), *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica,* Madrid, Trotta.

PRZEWORSKI, A. (2010), *¿Qué esperar de la democracia? Límites y posibilidades del autogobierno*, Buenos Aires, Siglo XXI.

PRZEWORSKI, A (2019), *¿Por qué tomarse la molestia de hacer elecciones? Pequeño manual para entender el funcionamiento de una democracia* (Kindle), Buenos Aires, Siglo XXI.

PRZEWORSKI, A. (2022), *Las crisis de la democracia* (E-pub), Buenos Aires, Siglo XXI.

PUYOL, Á. (2010), *El sueño de la igualdad de oportunidades,* Barcelona, Gedisa.

QUINTANA OSUNA, K. y J. J. GÓNGORA MAAS (2017), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos,* México, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

RAWLS, J. (1995), *Teoría de la justicia,* Madrid, Fondo de Cultura Económica.

RAWLS, J. (1996), "Justicia como equidad: política, no metafísica", *La Política,* núm 1.

RAWLS, J. (1999), "Two Concepts of Rules", *Collected Papers,* Cambridge, Harvard University Press.

RAWLS, J. (2001), *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública",* Barcelona, Paidós.

RAWLS, J. (2002), *La justicia como equidad. Una reformulación,* Barcelona, Paidós.

RAWLS, J. (2006), *El liberalismo político,* Barcelona, Crítica.

RAZ, J. (1991), *Razón práctica y normas,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

REYES MOREL, A. (2011) "La agencia cognitiva como subproducto de la deliberación pública", *Ethics and Economics,* 8 (1).

REYES Morel, A. (2019), "El análisis ético de las políticas públicas y la autonomía relacional andamiada", en MONTOYA VARGAS, J., CORREA CASANOVA, M. y MEALLA, E. P. (comps.), *Ética aplicada. Perspectivas desde Latinoamérica,* Bogotá, Universidad de los Andes.

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,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2008), *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina,* Bogotá, Universidad de los Andes.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.) (2011), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI,* Buenos Aires, Siglo XXI.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y D. RODRÍGUEZ FRANCO (2015), *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global,* Buenos Aires, Siglo XXI.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.) (2019), *¿Cómo pensar la desigualdad desde los derechos humanos? Nuevos abordajes para las injusticias sociales y ecónomicas del siglo XXI,* Buenos Aires, Siglo XXI.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. (2006), *Un marco teórico para la discriminación,* México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. y T. GONZÁLEZ LUNA CORVERA (coords.) (2019), *La métrica de lo intangible: del concepto a la medición de la discriminación,* Conapred.

ROEMER, J. (1998), *Equality of Opportunity,* Cambridge, Harvard University Press.

ROLDÁN XOPA, J. (2018), *La ordenación constitucional de la economía. Del Estado regulador al Estado garante,* México, Fondo de Cultura Económica.

ROLDÁN XOPA, J. (2021), "Los derechos sociales y los deberes de cuidado de la Administración", en C. COURTIS (coord.), *Manual sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)* t. I, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ROSANVALLON, P. (2007), *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza,* Buenos Aires, Manantial.

ROSANVALLON, P. (2009), *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad,* Buenos Aires, Manantial.

ROSANVALLON, P. (2021), *El siglo del populismo. Historia, teoría y crítica,* Buenos Aires, Manantial.

ROSTBOLL, C. F. y T. SCAVENIUS (eds.) (2018), *Compromise and Disagreement in Contemporary Political Theory,* New York, Routledge.

SABA, R. (2016), *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

SAHUÍ, (2002a), "Hannah Arendt. Espacio público y juicio reflexivo", *Signos filosóficos,* núm. 8.

SAHUÍ, A (2002), *Razón y espacio público. Arendt, Habermas y Rawls,* México, Ediciones Coyoacán.

SAHUÍ, A. (2004), *Juicio, práctica social y justificación. Para una reconstrucción de la racionalidad política,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, disponible en: *https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/537*.

SAHUÍ, A. (2006), "En torno a Kant: consideraciones acerca del uso público de la razón", en R. ORSI (ed.), *El desencanto como promesa. Fundamentación, alcance y límites de la razón práctica,* Madrid, Biblioteca Nueva.

SAHUÍ, A. (2008), "La libertad como «poder hacer». Arendt y el enfoque de las capacidades", *En-Claves del Pensamiento,* año II, núm. 3.

SAHUÍ, A. (2008), "Justicia y legitimidad en la ética discursiva. Los derechos fundamentales como intereses generalizables no excluyentes", *Isonomía,* núm. 28.

SAHUÍ, A, (2009), *Igualmente libres. Pobreza, justicia y capacidades,* México, Ediciones Coyoacán.

SAHUÍ, A. (2011), "Capacidades y derechos: el enfoque de Martha C. Nussbaum", en A. SAHUÍ y A. PEÑA (coords.), *Repensar el desarrollo. Enfoques humanistas,* México, Fontamara.

SAHUÍ, A. (2012), "La filosofía política de Kant", en J. MARCONE, S. ORTIZ LEROUX y Á. SERMEÑO (coords.), *Los vértigos de la política: una revisión desde la Modernidad,* México, Ediciones Coyoacán.

SAHUÍ, A. (2014), "La igualdad en el discurso del desarrollo humano", *Andamios. Revista de Investigación Social*, vol. 11, núm. 25.

SAHUÍ, A. (2015), "Positivismo y concepción argumentativa del derecho. Un alegato a favor de su compatibilidad", en M. ZANOTELLI (coord.), *Teoría de la argumentación jurídica,* Curitiba, Juruá Editora.

SAHUÍ, A. (2017), "Sobre la normatividad de las practicas o instituciones sociales. John Rawls y Ludwig Wittgenstein", *Ciencia Jurídica,* año 6, núm. 12.

SAHUÍ, A. (2018), *Igualdad y calidad de la democracia,* México, Fontamara.

SAHUÍ, A. (2018), *Derechos humanos, grupos desaventajados y democracia,* Ciudad de México, Fontamara.

SAHUÍ, A. (2020), "La democracia y el giro espacial de la filosofía política", *En-Claves del Pensamiento,* año XIV, núm. 27.

SALAZAR UGARTE, P. (2006), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica,* México, Fondo de Cultura Económica.

SALAZAR UGARTE, P. (coord.) (2014), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual,* México, Senado de la República.

SÁNCHEZ-CUENCA, I. (2010), *Más democracia, menos liberalismo,* Buenos Aires, Katz.

SÁNCHEZ-HERNÁNDEZ, J. L. y L. MORO-GUTIÉRREZ (2019), "Los órdenes de justificación como marco analítico para el estudio de las prácticas económicas alternativas", *Reis. Revista Especializada en Investigación Sociológica,* núm. 167.

SANDEL, M. (2022), *Democracy's Discontent. A New Edition for Our Perilous Times,* The Belknap Pres of Harvard University Press.

SANTOS, B. S. y B. S. MARTINS (eds.) (2004), *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad* (E-pub), Ciudad de México, Akal.

SANTOS, B. S. y J. M. MENDES (2017), *Demodiversidad: imaginar nuevas posibilidades democráticas* (E-pub), Ciudad de México, Akal.

SANTOS, B. S. y M. P. MENESES (eds.) (2014), *Epistemologías del Sur* (E-pub), Madrid, Akal.

SANTOS, B. S. (2017), *Justicia entre saberes: epistemologías del Sur contra el epistemicidio* (E-pub), Madrid, Ediciones Morata

SANTOS, B. S. (2019), *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur* (E-pub), Madrid, Trotta.

SANTOS, B. S. (2017), *Democracia y transformación social,* Ciudad de México, Siglo XXI Editores-Siglo del Hombre Editores.

SARTORI, G. (2007), *Teoría de la democracia. Los problemas clásicos*, vol. I, Madrid, Alianza.

SARTORI, G. (2011), *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados,* México, Fondo de Cultura Económica.

SASTRE Ariza, S. (2006), "Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica", en C. COURTIS (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica,* Madrid, Trotta.

SCHATZKI, T. R. (1996), *Social Practices. A Wittgensteinian Approach to Human Activity and the Social,* Cambridge, Cambridge University Press.

SCHUMPETER, J. A. (1996), *Capitalismo, socialismo y democracia*. 2 vol., Barcelona, Folio.

SEN, A. (2000), *Desarrollo y libertad*, México, Planeta.

SEN, A. (2006), *El valor de la democracia,* Barcelona, El Viejo Topo.

SHAPIRO, I. (1999), *Democratic Justice,* New Haven, Yale University Press.

SHKLAR, J. (2013), *Los rostros de la injusticia,* Barcelona, Herder.

SIKKINK, K. (2018), *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro* (E-pub), Buenos Aires, DeJusticia-Siglo XXI Editores.

SLAUGHTER, A. M. (2004), *A New World Order,* Princeton University Press.

SLAUGHTER, A. M. (2017), *The Chess-Board and The Web. Strategies of Connection in a Networked World,* Yale University Press.

SOJA, E. (2010), *Seeking Spatial Justice,* Minneapolis, University of Minnesota Press.

SOSA, E. (2014), *Con pleno conocimiento,* Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza.

SOSA, E. (2009), *Reflective Knowledge. Apt Belief and Reflective Knowledge*, vol. II, New York, Oxford University Press.

STAVENHAGEN, R. (2004), "¿Asimilación o pluralismo? El fin de la asimilación", *Memoria del Primer Encuentro Internacional sobre Filosofía de la Cultura y Multiculturalismo,* Campeche.

SUNSTEIN, C. R. (2001), *Designing Democracy. What Constitutions Do,* New York, Oxford University Press.

SUNSTEIN, C. R. (2003), *República.com. Internet, democracia y libertad,* Barcelona, Paidós.

SUNSTEIN, C. R. y S. HOLMES (2011), *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos,* Buenos Aires, Siglo XXI.

SUNSTEIN, C. R. (2018), *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca,* Buenos Aires, Siglo XXI.

SUNSTEIN, C. R. (2019), *How Change Happens,* Cambridge, The MIT Press.

SUNSTEIN, C. R. (2020), *La conformidad. El poder de las influencias sociales sobre nuestras decisiones,* México, INE-Libros Grano de Sal.

SUNSTEIN, C. R. (2021), *This Is Not Normal. The Politics of Everyday Expectations,* New Haven and London, Yale University Press.

SUROWIECKI, J. (2005), *Cien mejor que uno. La sabiduría de la multitud o por qué la mayoría siempre es más inteligente que la minoría,* Barcelona, Urano.

SWIFT, A. (2016), *¿Qué es y para qué sirve la filosofía política? Guía para estudiantes y ciudadanos* (Kindle), Buenos Aires, Siglo XXI.

TAYLOR, C. (1996), *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna,* Barcelona, Paidós.

TAYLOR, C. (2011), "Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo", en E. MENDIETA y J. ANTWERPEN (eds.), *El poder de la religión en la esfera pública,* Madrid, Trotta.

TEUBNER, G. (2005), *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

THÉVENOT, L. (2016), *La acción en plural. Una introducción a la sociología pragmática,* Buenos Aires, Siglo XXI.

THIEBAUT, C. (1998), *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja,* Barcelona, Paidós.

THIEBAUT, C. (2005), "Mal, daño e injusticia", *Azafea,* núm. 7.

THIEBAUT, C. y A. GÓMEZ RAMOS (2018), *Las razones de la amargura. Variaciones y tientos sobre el resentimiento, el perdón y la justicia,* Barcelona, Herder.

THOMAS, A. (2017), *Republic of Equals. Redistribution and Property-Owning Democracy*, New York, Oxford University Press.

THOMPSON, N. y D. HANLEY (2018), "Science is Shaped by Wikipedia: Evidence from a Randomized Control Trial", MIT Sloan Research Paper num. 5238-17.

TRIBE, L. H. y M. C. DORF (2017), *Interpretando la Constitución* (E-pub), Lima, Palestra.

TRINDADE, C. (2003), "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista IIDH,* vol. 37.

TRONTO, J. C. (2013), *Caring Democracy. Markets, Equality and Justice,* New York University Press.

TRONTO, J. C. (2015), *Who Cares? How to Reshape a Democratic Politics,* New York, Cornell University Press.

TULLY, J. (2007), "The Imperialism of Modern Constitutional Democracy", en M. LOUGHLIN y N. WALKER (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form,* New York, Oxford University Press.

TUSHNET, M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts,* Princeton University Press.

UNGER, R. M. (1999), *La democracia realizada. La alternativa progresista,* Buenos Aires, Ediciones Manantial.

URANGA, E. (2013), *Análisis del ser del mexicano y otros escritos sobre filosofía de lo mexicano (1949-1952)* (selección, prólogo y notas de G. Hurtado), México, Bonilla Artigas Editores, 2013.

URBINATI, N. (2020), *Yo, el pueblo. Cómo el populismo transforma la democracia,* Ciudad de México, INE-Libros Grano de Sal.

URBINATI, N. (2014), *Democracy Disfigured. Opinion, Truth, and the People,* Cambridge, Harvard University Press.

VAIDHYANATHAN, S. (2011), *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry),* University of California Press.

VAIDHYANATHAN, S. (2018), *Antisocial Media. How Faceebook Disconnects Us and Undermines Democracy,* New York, Oxford University Press.

VALDECANTOS, A. (2008), *La fábrica del bien. Ensayo sobre la invención de la moral,* Madrid, Editorial Síntesis.

VALDECANTOS, A. (2016), *Teoría del súbdito,* Barcelona, Herder.

VALLESPÍN, F. (2023), "La crisis del liberalismo. Al liberalismo le crecen los enanos", *Ideas (El País)*, núm. 417.

VÁZQUEZ, R. (2019), *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*, México, UNAM-ITAM-IECEQ-CEAD.

VEGA, J. (2018), "La filosofía del derecho como filosofía práctica", *Revus*, núm. 34.

VEGA-REÑÓN, L. (2016), *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas* (E-pub), Lima, Palestra.

VEGA-REÑÓN, L. (2017), *Lógica para ciudadanos. Ensayos sobre Lógica civil*, Editorial Académica Española.

VERGÉS GIFRA, J. (2021), "Liberalismo", en Í. GONZÁLEZ RICOY y J. QUERALT (eds.), *Razones públicas. Una introducción a la filosofía política* (Kindle), Barcelona, Ariel, 2021, cap. 3.

VERMEULE, A. (2007), *Mechanisms of Democracy. Institutional Design Writ Small*, New York, Oxford University Press.

VERMEULE, A. (2011), *The System of the Constitution*, New York, Oxford University Press.

VERMEULE, A. (2014), *The Constitution of Risk*, New York, Cambridge University Press.

VERMEULE, A. (2018), *La abdicación del derecho. Del imperio del Derecho al derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

VILLARREAL Lizárraga, P. A. (2019) *Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global*, México, UNAM.

VILLORO, L. (1985), *El concepto de ideología y otros ensayos*, México, Fondo de Cultura Económica.

VILLORO, L. (1994), *Creer, saber, conocer*, México, Siglo XXI.

VILLORO, L. (1998), *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós.

VILLORO, L. (2001), *De la libertad a la comunidad*, México, Ariel-Tecnológico de Monterrey.

VILLORO, L. (2007), *Los retos de la sociedad porvenir. Ensayos sobre justicia, democracia y multiculturalismo*, México, Fondo de Cultura Económica.

WALDRON, J. (2005), *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.

WALDRON, J. (2009), *Dignity, Rank, and Rights* (Kindle), New York, Oxford University Press.

WALDRON, J. (2010), "Socioeconomics Rights and Theories of Justice", *Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, núms. 10-79.

WALDRON, J. (2016), *Political Political Theory. Essays on Institutions,* Cambridge, Harvard University Press.

WALDRON, J. (2018), *Contra el gobierno de los jueces* (E-pub), Buenos Aires, Siglo XXI.

WALTERS, M. F. (2016), "The Unwritten Constitution as a Legal Concept", en D. DYZENHAUS y M. THORBURN (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, New York, Oxford University Press.

WALTERS, M. D. (2018), "Deliberating about Constitutionalism", en R. LEVY, H. KONG, G. ORR y J. KING (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism,* Cambridge University Press.

WALZER, M. (1993), *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad,* México, Fondo de Cultura Económica.

WALZER, M. (2006), *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad,* University of Notre Dame Press.

WELP, Y. y F. SOTO (2019), "Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales", *Revista Española de Ciencia Política,* núm. 50.

WILLIAMS, M. (2002), *Wittgenstein, Mind and Meaning. Towards a Social Conception of Mind,* London and New York, Routledge.

WRIGHT, E. O. (2014), *Construyendo utopías reales,* Madrid, Akal.

YOUNG, I. M. (2000), *La justicia y la política de la diferencia,* Madrid, Cátedra.

YOUNG, I. M. (2002), *Inclusion and Democracy,* Oxford, Oxford University Press.

YOUNG, I. M. (2013), *Responsibility for Justice,* New York, Oxford University Press.

Constitucionalismo reflexivo. Derechos humanos y democracia en las sociedades complejas, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, se terminó de imprimir el 9 de febrero de 2024, en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* de 60 gramos para los interiores y cartulina *couché* de 250 gramos para los forros. Consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

EL LIBRO PROPONE UNA COMPRENSIÓN REFLEXIVA de los principios y valores constitucionales básicos: derechos humanos y régimen democrático. Los derechos contienen la parte sustantiva relativa a la autonomía personal, y la democracia organiza los procedimientos que actualizan el autogobierno, la soberanía popular. La noción de reflexividad no significa pensar atentamente algo; tiene un linaje filosófico y sociológico relacionado con los procesos de modernización que destacan la publicidad y la intersubjetividad de los giros pragmático y lingüístico. Se mueve el foco metodológico del individualismo al enfoque de las prácticas sociales para señalar algunos problemas del constitucionalismo liberal que afectan a sus instituciones y formas argumentativas. En medio de los procesos de diferenciación social, la reflexividad implica la confrontación de la acción humana con otros sistemas normativos. Mediante el acceso a la justicia como derecho llave, permanece vivo el poder constituyente, pero se requiere una esfera pública con múltiples esclusas, sensores y cajas de resonancia, tanto en el plano nacional como internacional o cosmopolita. Las voces de personas que sufren injusticia abonan a un modelo de racionalidad práctica que en las sociedades complejas no se asimila sin más a las razones morales.

JURÍDICAS

ISBN 978-607-30-8488-8
9 786073 084888 >
UNAM

ISBN 978-607-8908-08-0
9 786078 908080 >
IECQ

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
unam

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO