

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 resuena 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 comprensivas, 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 subjetivas

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 suelen 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 delimitan 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 acarrear 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, ius-moralistas 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 domesticase 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.