

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, Pappayannis (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 fundamentalismo 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. Cierta 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 doctrina⁵¹ 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 Parcerro: “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 discutir las. 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 pretensión de que ni siquiera el subsistema regulado a través del dinero y el subsistema 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 propiedad⁵³ o fiscal⁵⁴ 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 superación 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 “micropáticas” 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 lineal 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 tribunales, 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 prudentiales. 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 neextractiva, 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 comprensivas, como las religiosas o culturales, a las que quiero añadir de modo enfático algunas ideologías económicas (igual comprensivas) 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 inteligentemente 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” (Eliás 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 tribunales⁶⁸ 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. Sustantivar 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 disfrutaban 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 Parceró (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 ascendente 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 Parceró (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 Parceros (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 columna 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 conspira 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 comprensivas, 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 discurren 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 comprensivos 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.