

CAPÍTULO TERCERO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. PODER CONSTITUYENTE PERMANENTE Y ENFOQUE DE PRÁCTICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONTROL DE LA SALA DE MÁQUINAS: DERECHOS HUMANOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA Y CRIMINALIZACIÓN DE LA DISIDENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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