

CAPÍTULO QUINTO

TRIBUNALES, JURISTAS, FILÓSOFOS Y CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO

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

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

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

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

si los iusfilósofos que desarrollan directamente teorías de la argumentación jurídica consideran a cabalidad los diversos desarrollos de la filosofía moral, política y social que podrían ser de utilidad en zonas borrosas del derecho, en casos difíciles y trágicos y situaciones de ruptura.¹⁶¹ Se requiere una argumentación constitucional normativa, pero que no esté subordinada al derecho desde el punto de vista exclusivo del gremio¹⁶² o a una idea de moralidad sin dar cuenta cabal de sus fuentes sociohistóricas. Si disputar normas constitucionales es una práctica al alcance de toda la ciudadanía, entonces no es plausible apelar a la experticia profesional o al discurso moral para cerrar la discusión jurídica como pretenden algunas versiones neoconstitucionalistas, postpositivistas, o iusmoralistas del derecho. Lo anterior, porque en este tipo de discusiones habrá que tomarse en serio concepciones alternativas no doctrinales, pero razonables, de los derechos y del régimen democrático —*ecuménicas* las he llamado—. En términos de Lafont (2021), que controvierten la imagen de la justicia en toga de Dworkin (2007), corresponde que cualquier ciudadano vista el traje de la justicia mediante el ejercicio participativo de la razón pública. La argumentación jurídica y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, debo ser enfático en esto: no rechazo que el discurso moral tome parte de la deliberación pública, como cualquier otro punto de vista normativo pertinente. Si se mira la cuestión en perspectiva diacrónica, sin excesivos prejuicios trascendentales, ante genuinos conflictos normativos aquí y ahora debe prevalecer la mejor razón que los participantes determinen en cada situación, sin clausurarla. Lo que señalo es la obligación de visibilizar los enfoques particulares de todos los argumentadores; el imperativo de ser reflexivos sobre los condicionamientos empíricos de los juicios subjetivos que se califican como morales, y que son independientes de las concepciones ontológicas y epistemológicas que cada uno tiene: ser realista o cognoscitivista. Mi crítica es estrictamente pragmática, y refiere a la falta de disposición de las personas de revisar sus convicciones íntimas —que Atienza junto a otros iusmoralistas identifica como las últimas¹⁷² o se asumen por descontado como vinculantes (Celano, 2020: 181 y 182). Este es, también, el caso de Dworkin:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. NEOCONSTITUCIONALISMO, POSTPOSITIVISMO Y IUSMORALISMO: LA CRÍTICA DEMOCRÁTICA

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

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

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

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

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

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

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

No resisto referir esta extensa afirmación de Luhmann:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tiene razón Atienza: ningún participante, abogado o juez puede cerrar una discusión sobre asuntos prácticos con base en cualquiera de las premisas jurídicas que haya tenido en cuenta al decidir. Pero en realidad nadie puede hacerlo si por cerrar una discusión práctica se entiende blindar sus resultados contra toda crítica. Siempre cabe seguir preguntando si tales resultados fueron los mejores, dada la información y los tiempos disponibles por los participantes.¹⁷⁸ O sea, que reconocer los límites del derecho para una justificación definitiva y abrirlo a la reflexión moral no resuelve el problema de fondo, simplemente lo pospone. Como indica Bulygin: “No hay ninguna garantía de que el sistema resultante de incluir en el derecho normas morales resulte necesariamente completo y consistente. Por el contrario, parece muy plausible... que el recurrir a normas morales introduciría aun más subjetividad en el derecho” (2006: 128). La falacia es estipular que las razones morales sean siempre las últimas, por definición.

Pero en un mundo plural y complejo, sólo bajo el riesgo de empobrecer las discusiones prácticas se puede sostener que sea la moral el último baluarte de una justificación auténtica, y que cualquier otra razón deba ser entendida como mero compromiso prudencial, subóptimo, de lo segundo mejor. Decir que se equivoca o se engaña quien desde la perspectiva íntima

también todas las demás normas. / Esta suposición es sin duda una secuela de la moral deuterofisita y no hay que profesarle más aprecio que a ella. Quien se convenza de que lo moral tal como lo conocemos no es una especie natural sino un anómalo resultado histórico estará muy bien dispuesto a abandonar semejante compulsión normativa” (2008: 159)

¹⁷⁸ Aquí cabe recordar la defensa de Pereda del concepto de razón enfática como un concepto tenso, que tendría dos sentidos: un sentido límite y uno operativo “El sentido límite: una persona o un grupo social piensan y obran de manera racional si, teniendo dificultades con sus creencias, las enfrentan con los mejores argumentos a su disposición. El sentido operativo debilita el sentido límite, usando, entre otras herramientas, «verbos permisivos» (como «buscar», «intentar», «tratar»...) y «expresiones relativizadoras» (como «lo que la persona o grupo considera como...»); así se formulan propuestas al modo de: «una persona o grupo social piensan y obran de manera racional si teniendo dificultades con sus creencias procuran...» El sentido límite fina el propósito del sentido operativo, su para qué; la tensión entre el sentido límite y el operativo introduce la posibilidad de la crítica” (1994a: 12).

comprende que la fuente de su obligación es religiosa, y que en realidad está siguiendo una razón de naturaleza moral camuflada, lleva a ignorar que de hecho las personas justifican su conducta con razones muy distintas. No siempre las últimas razones de las personas son morales, incluso en forma consciente —aunque esto no ocurra sin conflictos internos—. Estipular, como Atienza, que el verdadero motivo detrás de una decisión califica como moral solamente porque es el último, resulta contraintuitivo. Las personas a menudo son conscientes de ir en contra de sus juicios morales más firmes, por múltiples razones susceptibles de ser justificadas. Agregar que estos dobleces e inconsistencias en los individuos son signo de un tipo de moral distraída o cínica, no tiene sentido en una discusión sobre la justificación de asuntos prácticos en condiciones complejas en donde todos desempeñamos múltiples roles. Toda decisión que se pretenda justificada debe ser consciente, deliberada, y transparentes las razones para sus agentes. No pueden estimarse justificadas las decisiones irreflexivas aunque su contenido resulte ocasionalmente justo y bueno.

De todos modos, independientemente de que una persona juzgue sus razones como morales en forma reflexiva nunca podría estar segura de que en realidad ellas lo fueran. Como se dijo antes, no existe un método, más allá de las propuestas de los modelos intersubjetivos de racionalidad para eludir esta dificultad inherente al *factum* de las discusiones prácticas: cuentan como morales las razones que cada persona cree que lo son. Esta dificultad se traslada a los tribunales cuando se asume que la validez jurídica en el constitucionalismo deriva de la moralidad, sin señalar exactamente por qué la magistratura es el escenario de la representación democrática deliberativa contra la representación mayoritaria; el foro de los principios que viste de toga. Insisto en que tanto para los neoconstitucionalistas como para los postpositivistas o los iusmoralistas, la respuesta no puede estar en las cualidades del diseño institucional que cuida la independencia e imparcialidad de los tribunales, porque eso mismo es lo que ellos critican en el procedimentalismo de Habermas, Rawls o Nino. De manera que su posición resulta sumamente misteriosa.

Con esto regreso a los tribunales, ya que también en este texto se defiende su importancia central. Por eso se ha puesto en el centro el acceso a la justicia como instrumento que otorga poder de contestación, participación, oposición y resistencia, y se rescata una intuición de Dahl, Lafont o Gargarella. Pero a diferencia de los enfoques neoconstitucionales, postpositivistas y iusmoralistas que acentúan sus contribuciones epistémicas, se destacan sus cualidades democráticas. Aunque este no es tema nuevo en el constitucio-

nalismo y en la democracia deliberativa, creo que se puede reelaborar. Lo crucial no es la sede orgánica donde discurren los argumentos y los procesos de justificación, sino el poder y la influencia de los ciudadanos sobre problemas que juzgan de su interés. Por supuesto que el diseño institucional no es un asunto menor, pero desde la aproximación sociopragmática el énfasis está en el componente agencial de los participantes: en el hecho de que a través de ese diseño se pueda realizar la autonomía y el autogobierno que derechos y democracia prometen. Si esos diseños de hecho frustran la participación, entonces no importa si sus principios y valores declarados son progresistas. Habrá que revisar vías alternativas efectivas. De modo que se torna necesaria una retroalimentación de la dogmática constitucional con la filosofía social u otros sistemas prácticos de reglas.

II. LA UNIDAD DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN SOCIEDADES PLURALES Y COMPLEJAS

¿Qué puede significar la unidad del razonamiento práctico en sociedades plurales y complejas? Si la moral no es el orden normativo concluyente en la justificación de las decisiones prácticas, ¿qué podría serlo? Considero que se puede seguir hablando de dicha unidad sin restringir la idea de justificación o normatividad al ámbito moral. En el extremo contrario, todas las decisiones sobre asuntos prácticos que no tomen en cuenta estándares morales serían juzgadas erradas o perversas. No hallo razones que apoyen esta determinación. Son muchos los dominios prácticos en los que se describen acciones como correctas bajo sus propios criterios. Esto representa una ventaja cognitiva y práctica de la sociedad moderna sobre las sociedades tradicionales, en donde toda acción discreta es evaluada con parámetros morales o religiosos. El derecho descarga de nuestros hombros la difícil tarea de evaluar el trato con los demás con criterios morales, porque esto tiene enormes costos epistémicos y normativos, y exacerba la fuerza de los conflictos porque la moral es el medio por el que se distribuye el aprecio y desprecio personal. No hay por qué juzgar el carácter de las personas con quienes nos relacionamos a diario en negocios económicos o jurídicos. Por ende, la sociedad moderna exige un alto grado de reflexividad. Esto lo vio Kant al subrayar que las personas podrían justificar normas, no sólo como personas, sino como ciudadanos nacionales o cosmopolitas (1993). Ninguno de estos ámbitos es normativamente coextenso.

Quizá el motivo de Manuel Atienza para calificar la moral como “último tribunal de apelación” para la justificación de las acciones está asociado

al papel central de la persona y sus derechos, que desde la Ilustración ha influido en la reflexión práctica. El problema es que esta centralidad suele derivarse de una filosofía de la conciencia, que sugiere que los individuos son los baluartes de la moral, dado que no puede haber moral sin autonomía subjetiva. Sin embargo, este aserto es problemático. Javier Muguerza propuso una ética de la disidencia, criticando el papel del consenso en la justificación de las normas. Desde la ética comunicativa Jürgen Habermas reviró que existen casos límites donde en relación con el disidente no se puede *a priori* discernir “si realmente se trata de razones buenas y morales o sólo se trata de una «idiotéz» —en el sentido griego de la palabra—, que arrastra a alguien hacia ese aislamiento” (Muguerza, 1997; Habermas, 1997: 268). Me parece que el giro habermasiano da cuenta de una concepción de la autonomía, sí, pero no una versión que la ancla en atributos típicos de sujetos adultos varones independientes que la Ilustración recuperó de la burguesía.¹⁷⁹ Es posible, sin renunciar a esa noción constitutiva de nuestras teorías normativas, repensarla más de cerca al proyecto social y pragmático defendido. Piénsese, por ejemplo, la noción de autonomía relacional (Álvarez Medina, 2015) o de la autonomía andamiada en instituciones y políticas públicas (Reyes Morel, 2019). No se debe despreciar el espacio de las opciones personales y el poder de conseguirlas, como también arguyó el enfoque de capacidades desde otro lugar (Sen, 2000; Nussbaum, 2012). Más adelante volveremos sobre este tema.

La tesis de la unidad de la razón práctica no significa unidad en la razón moral. Ni siquiera para Kant, como se deduce del conjunto de sus textos sobre filosofía práctica (Sahuí, 2012).¹⁸⁰ Todas las razones, como se sabe tras el giro lingüístico y pragmático, con la crítica de los presupuestos trascendentales de la filosofía de la conciencia, han de ser capaces de atravesar el test de la intersubjetividad. Para ser válidas se precisan criterios que no son en estricto sentido morales, sino restricciones pragmáticas, constitutivas, como las reglas de los juegos. Pero interpretarlas como convenciones no significa que sean regularidades conductuales automáticas. Aunque no sean órdenes plenamente transparentes para las personas, el seguimiento de toda norma

¹⁷⁹ Sostengo que en gran medida en esto consiste el proyecto habermasiano: socializar o destrascendentalizar a la razón, Habermas (1996, 1999a).

¹⁸⁰ He sostenido que para Kant la teoría moral no está por encima de la política (Sahuí, 2012). Creo que esta intuición subyace a las interpretaciones del filósofo de Königsberg realizadas por Arendt, Habermas y Rawls. Véase Sahuí (2002). La unidad del razonamiento práctico no significa moralizar la razón, como también supone Forst (2012). En Alexy (1997) la corrección se refiere al discurso práctico general, no a la razón moral a secas; aunque a veces así se lo interpreta.

tiene una dimensión imperativa, de obligación interna, pero que no es única, ni tampoco exclusiva. Si el sujeto incumple, los participantes quedarán defraudados.¹⁸¹ El problema es que en las sociedades complejas con tantos órdenes que se solapan es difícil satisfacer todas las expectativas.¹⁸²

Cuando son asumidas como prácticas reflexivas se pueden prevenir los usos perversos, instrumentales y estratégicos del discurso práctico, sea acerca de normas religiosas, jurídicas, políticas, pero también morales. Nino dudaba de la capacidad individual de elucidar el contenido de la moral por fuera del discurso público. De ahí su tesis de la democracia como el mejor sucedáneo del discurso moral. La unidad de la razón no se sitúa fenoménicamente al nivel de las normas que las personas internamente califican como morales y que pretenden hacer pasar por definitivas y concluyentes. Está en un plano anterior —según su propia fórmula—, expresada en la idea de razonamiento justificativo escalonado en dos niveles (2007: 107). Éste recuerda la estrategia justificativa de Rawls del equilibrio reflexivo que se ha destacado a lo largo del trabajo, ya que también el filósofo de Harvard, como Nino, hubo de pensar la normatividad con base en el enfoque de las prácticas sociales.

Únicamente las razones pueden acarrear la justificación de las decisiones en asuntos prácticos, porque sólo ellas pueden mover internamente la conciencia reflexiva de las personas, que es el último tribunal de apelación para juzgar una razón como autónoma. Sin embargo, autonomía subjetiva y moralidad no son ámbitos coextensos. Es decir, seguir en forma autónoma una norma supone necesariamente una actitud de aceptación interna del individuo, sin ser esa aceptación lo que convierta en moral a dicha norma. Esto lleva a considerar la posibilidad de un seguimiento autónomo de las normas jurídicas; no por razones prudenciales ni instrumentales. Recuérdese que la cuestión de la heteronomía se refiere a la fuente social, positiva, para el caso del derecho. Sin embargo, la propia gramática de las normas jurídicas no reclama su seguimiento fuero interno. Esto lo vio

¹⁸¹ Existe un tipo singular de reglas cuya función es exclusivamente coordinar la acción colectiva sin mayores pretensiones, como conducir por la izquierda o la derecha.

¹⁸² Dice Pereda: “Kant piensa que cualquier cambio social radical es... un proceso complejo en el que interviene el juego de varias instancias. Los distintos miembros de una sociedad ejercen diferentes trabajos que aseguran la vida social; en estos trabajos se hace uso «privado» o profesional de la razón y la regla es obedecer. Pero al realizar estos trabajos, cada miembro de la sociedad va adquiriendo una experiencia de la manera en que ese trabajo se lleva a cabo y de la función social que éste cumple; a partir de esa experiencia, haciendo uso «público» o ciudadano de la razón, cada persona debe comunicar el análisis y crítica de su trabajo; de este modo se irá conformando una opinión pública capaz de presionar por el cambio, cuando éste se considere necesario” (1994a: 144).

Kant al decir que la Constitución debía servir hasta para un «pueblo de demonios» (2011: 72).

El constructivismo ofrece un enfoque que elude dificultades de las tesis que confunden objetividad con realismo moral, como si hubiera hechos del mundo susceptibles de ser calificados como morales de manera intrínseca. Rawls ha criticado estas concepciones al explorar la idea de justicia como noción política y no metafísica (1996). Su estrategia constructivista permite evaluar la corrección de una norma sin requerir correspondencia con hechos o concepciones comprensivos de lo bueno. De la obra de Rawls se podría derivar un constructivismo político y jurídico; mientras que Nino habló de un constructivismo ético (1989b). En ambos autores el punto es que defender la objetividad de las normas y justificar decisiones no supone apelar a una instancia moral externa a las propias prácticas.

Se puede ser positivista siendo cognitivista en filosofía práctica; es decir, en relación con las normas. No es relevante a este respecto si se trata de normas morales o jurídicas. Los dos sistemas pueden ser asunto de un conocimiento teórico y fuente de auténticas obligaciones, comprendidas como razones internas para la acción. Un positivista —siempre que lo sea en sentido metodológico— podría denunciar ciertas normas del derecho vigente como injustas, simultáneamente desde dentro del sistema jurídico con base en sus corolarios básicos; y también desde la moralidad, pretendiendo que su crítica no sea tratada como una mera opinión subjetiva. Para hacer esto, lo que se requiere es reflexividad, vista como la habilidad de situarse en actitud de participante u observador, y de reconocer la multiplicidad de sistemas de prácticas en las que uno se halla inmerso.

No hay razón entonces para pensar que los positivistas sean, por el mero hecho de serlo, relativistas o nihilistas morales, porque lo que hace a un positivista en su variante metodológica es el rechazo de la tesis según la cual el derecho tiene intrínseca relación con la moral, sin la cual no sería derecho. Incluso, aunque un positivista admitiera que existan múltiples solapamientos entre los contenidos del derecho y la moral, ello no afecta su noción de derecho. Tales cruces serían contingentes, sin importar que a lo largo de la historia en la mayoría de culturas hayan sido regulares y constantes. Dice Bulygin: “Puede haber muchos sistemas morales y no cabe duda de que de hecho todo orden jurídico está basado en ciertas creencias y/o valoraciones morales, pero no está necesariamente (por razones conceptuales) ligado a algún sistema moral en particular” (1993: 510).

Pero aun presumiendo la existencia de una moral objetiva, no se tendría que derivar una vinculación conceptual entre derecho y moral, ni tampoco

la irrelevancia del derecho como sistema normativo. Esto sólo ocurriría si se afirmara que la moral es el sistema normativo final por excelencia que derrota a cualquier otra razón; siendo entonces las suyas definitivas y concluyentes.

Aunque parece que autores como Atienza o Nino no tendrían reparo en esta declaración,¹⁸³ defenderé que no es justificable en el seno de sociedades complejas funcionalmente y plurales axiológicamente. Nino se percata de esta dificultad cuando señala que la democracia es el mejor sucedáneo del discurso moral. Porque aunque el término “sucedáneo” puede connotar algo de menor valor que su referente original o auténtico, lo cierto es que las reglas democráticas son el mejor modo que las personas tienen para conocer lo justo en el ámbito político-jurídico; y, en el extremo, incluso de lo correcto en el ámbito moral. Expresa el profesor argentino:

Este valor [epistemológico] se transfiere en parte, como veremos, a un sucedáneo del discurso moral, tal como es el procedimiento democrático de toma de decisiones, que puede superar, dentro de las limitaciones impuestas por aquellos mismos principios, muchas indeterminaciones morales... Sin embargo, si bien nuestras respuestas últimas a cuestiones prácticas deberán surgir del progreso de la discusión moral (ya que las razones morales deben operar no sólo “detrás” del derecho sino también, por lo que acabo de decir, “a través” del derecho) (1989a: 124 y 125).

De modo que los resultados de la deliberación colectiva, en la medida en que se ajusten efectivamente a ciertos procedimientos, han de ser tenidos por obligatorios, como razones internas o motivos para la acción a efectos prácticos. Lo paradójico es que si este fuera el caso se estaría implicando que tales resultados cuentan como válidos no sólo jurídica, sino también moralmente, lo que los convertiría en razones definitivas. Rechazar esta conclusión supondría desconfiar del procedimiento democrático como el mejor sucedáneo del discurso moral, implicando situar de nuevo a los individuos aislados como baluartes últimos de los juicios morales. Pero esto era lo que Nino trataba de evitar —aunque sospecho que no lo consigue por el afán de vincular política, moral y derecho—. Su propuesta termina por colapsar la diferencia entre órdenes normativos.

Parecen más atinados los proyectos de Rawls o de Habermas, de distinguir las concepciones comprehensivas de la razón pública; o moral y derecho, respectivamente. La razón pública y el derecho podrían incluir razones

¹⁸³ Dice Nino: “es distintivo de los principios morales el que ellos constituyen razones *fnales* en la justificación de una acción: ninguna razón de otra índole puede prevalecer sobre ellas, y ellas desplazan a cualquier otra razón, cuando son aplicables” (1989a: 111).

morales universales, pero también argumentaciones de distinta naturaleza, como las ligadas a la autocomprensión ético-política de los participantes, económicas, técnicas, etcétera.

Lo que arroja el discurso democrático creador de derecho no sería moral en estricto sentido —aunque contingentemente llegue a incluir también razones morales—. ¹⁸⁴ Que las razones íntimas de diversas personas se solapen como en la figura del consenso entrecruzado no implica que éste agote el orden moral ni tampoco que lo que queda fuera sea poco importante para la justicia. La intuición de Rawls es la inversa: porque ciertos temas son tan importantes para los individuos es que deciden ponerlos a resguardo de intervenciones políticas. Las razones morales son relevantes para el derecho cuando trascienden a las relaciones con otros, y cuando afectan los mecanismos de integración y cooperación. En ese momento se deben sujetar a criterios de evaluación públicos, cuyo filtro es el procedimiento democrático. En ambos, Rawls y Habermas, se mantiene la distinción analítica entre derecho y moral; pero no creo que sus propuestas se puedan calificar como relativistas. ¹⁸⁵

Lleva razón Atienza al defender que la concepción argumentativa del derecho reclame objetividad y rechace la arbitrariedad. Las discusiones sobre asuntos prácticos de naturaleza moral o jurídica sólo tienen sentido si se asume como un presupuesto que se puede arribar a soluciones justificadas. En el positivismo, la justificación de normas es independiente o autorreferencial, mientras que para Atienza depende de la moral. Sin embargo, ello no resuelve los problemas que se atribuyen a las normas jurídicas, porque aún cabe preguntar por la objetividad del ideal moral en las sociedades altamente plurales y complejas.

Atienza estipula que las normas morales son las únicas susceptibles de ser justificadas con razones últimas, definitivas y concluyentes, pero no problematiza el hecho de que normas de distintos órdenes puedan ser percibidas por personas diversas como poseyendo estos caracteres. Este dato verificable empíricamente socava la operatividad de esa concepción del dominio moral en las discusiones reales, porque bajo este enfoque tendrían que contar como morales las razones que cada quien cree que lo son. No se gana mucho en la práctica al pretender fundar la validez jurídica en la moral; no con esta caracterización de la moral como las razones últimas, porque se

¹⁸⁴ Dice Jürgen Habermas: “las normas jurídicas no se mueven en el mismo nivel de abstracción que las normas morales. No dicen en general qué sea bueno por igual para todos los hombres; regulan el contexto de vida de los ciudadanos de una comunidad jurídica concreta”; (1998a: 221).

¹⁸⁵ Según Nino, estos autores no son objetivistas (1989b: 93-110).

incurrir en una petición de principio. En los hechos, ¿se trata de *mis* últimas razones o de *las* últimas? Esta es una cuestión que no se aclara.

El positivismo metodológico, siempre que no se le confunda con el positivismo ideológico, no tendría que ser relativista, nihilista o no cognitivista. Como en el caso de Bulygin, su elección puede estar explícitamente apoyada en los ideales del constitucionalismo político liberal, que confía en el principio de división de poderes, en el imperio de la ley, en la soberanía popular y en los derechos humanos. El canon constitucional puede ser interpretado como un positivismo no formalista, sujeto a principios sustantivos. Si se quiere decir, como reflejo de una moral pública. Los postulados de dicha moral, sin embargo, no podrían ser tenidos por últimos, definitivos y concluyentes. Serían en cambio las reglas del procedimiento democrático, mediante las que se encauzan el autogobierno y la soberanía popular, junto con la autonomía y los derechos humanos, los criterios para contrastar la validez de las normas jurídicas, única fuente de legitimidad de las decisiones prácticas respaldadas por la coacción estatal.

No obstante, la necesaria clausura de los debates reales acerca de dichas decisiones, en sede legislativa o judicial, debe ser comprendida siempre como provisional y tentativa, porque además del error caben también usos estratégicos de las razones. La posición del positivismo metodológico prevendría frente al intento de asimilar las razones jurídicas con un presunto orden moral de razones trascendentes, y como tales, ajenas a la crítica. Cierro este apartado con una cita extensa de Habermas:

La validez jurídica tiene el sentido ilocucionario de una declaración: la autoridad estatal declara que una norma puesta en vigor ha quedado suficientemente justificada y es fácticamente aceptada. Pero lo que nos importa en nuestro contexto es la cuestión de la diferenciación del sentido de la validez o del sentido de la legitimidad del derecho... / También las normas jurídicas, pese a su ámbito restringido de validez, entablan la pretensión de concordar con normas morales, es decir, de no contravenirlas. Pero las razones morales no tienen en este caso una selectividad *suficiente*. Las normas son válidas aun cuando puedan justificarse no sólo con razones morales, sino también con razones pragmáticas y ético-políticas, o, en un caso dado, puedan presentarse también como resultado de un compromiso *fair*. En la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de ésta. Estas *ulteriores* razones tienen, sin embargo, una validez dependiente del contexto, justo una validez relativa. Una autocomprensión colectiva sólo puede ser auténtica dentro del horizonte de una forma de vida en la que ya nos encontramos; la elección de una estrategia sólo puede ser racional atendiendo a determinados fines que nos hemos propuesto; y un compromiso sólo

puede ser equitativo sobre el trasfondo de unas determinadas constelaciones de intereses (1998: 223).

III. CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO Y COMPLEJIDAD SOCIAL

Además de la filosofía práctica —moral, política o jurídica—, otras disciplinas sociales y humanas tienen trato con normas y generan saberes que no deben ser ignorados. No se justifica que la filosofía del derecho sea la ciencia privilegiada en el análisis de la normatividad (Raz, 1991). Por eso es sintomático como prejuicio juricéntrico el menosprecio de Dworkin a la teoría social: “el concepto sociológico de derecho tiene un estatus filosófico muy diferente del concepto doctrinal. Normalmente hay poco en juego a la hora de decidir si y cómo se establecen los imprecisos límites del primero; como ya he dicho, sin embargo, es mucho lo que hay en juego en el modo concreto en que entendamos al segundo” (2007: 14). Si uno de los iusfilósofos más reputados en argumentación e interpretación jurídica cree que en estos saberes “hay poco en juego”, cabe anticipar serios problemas. Aunque en forma explícita se refiere al concepto doctrinal de derecho, debería discutir mejor el intercambio disciplinar, porque ni siquiera ese concepto quedaría firme ante hallazgos sociológicos sólidos. En todo caso, su teoría permanece en lo que denomina el “nivel semántico” (2007: 19), y en este sentido es diversa de mi aproximación pragmatista política y social.¹⁸⁶

Sin embargo, es importante no echar por la borda algunos temores justificados de los defensores de la argumentación moral en el derecho: prevenir que la referencia a tantos otros sistemas normativos debidos a la complejidad no se interprete como una ontología social de esferas incomunicadas. Ciertas versiones del funcionalismo incurren en este error categorial. Por ello se insiste en el enfoque de las prácticas recuperado de la teoría social que ha influido la mejor filosofía política normativa, de Rawls, Habermas o Nino en Latinoamérica. Recupero la idea de Gargarella, de que el constitucionalismo quedó a la zaga en su sociología y filosofía políticas. Su crítica de la autoridad judicial relacionada con la variedad de teorías de la interpretación es trasladable al ámbito de las concepciones de la argumentación. El debate en tribunales, en la academia y en la esfera pública informal parece ser causa de ruido en las decisiones controvertidas:

¹⁸⁶ Debe hacerse una precisión: el uso aquí del término “pragmatismo” corresponde a los desarrollos de filosofía social realizados a lo largo del trabajo; mientras Dworkin lo emplea como equivalente del consecuencialismo o razonamiento utilitarista (1992: 115 y ss.; 2007: 31-35).

Por supuesto, si las leyes y los textos constitucionales fueran total o casi totalmente transparentes, o la interpretación legal fuera necesaria sólo en casos extremos (muy “difíciles”), entonces no nos enfrentaríamos a un problema tan serio: la interpretación no necesitaría un lugar tan central en la teoría legal, y no tendríamos que preocuparnos demasiado por quién interpreta la Constitución. De modo similar, si tuviéramos teorías o fórmulas interpretativas compartidas por todos, entonces no deberíamos preocuparnos por quién la interpreta. Sin embargo, otra vez, el problema es que carecemos de tales fórmulas, y mantenemos desacuerdos muy profundos, y a la vez razonables, sobre todas las cuestiones constitucionales de relevancia (Gargarella, 2021b: pos. 4350).

Pensar la complejidad empero no trata sólo de que cualquiera tenga oportunidad de participar en las instituciones políticas exponiendo sus pretensiones jurídicas o morales —aunque sin esto la democracia es ilusoria—. Como señala Luhmann: “La actual dogmática constitucional sorprendentemente interpreta estos conceptos [libertad, dignidad] haciendo caso omiso de las ciencias que se ocupan del ser humano o de la sociedad humana” (2010: 144). En el mismo sentido, Häberle objeta la dogmática como una pura repetición de los clásicos o los posglosadores. Propone ejercitar un racionalismo crítico y una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución que tome en serio las exigencias de inclusión de las ciencias sociales mediante teorías jurídicas funcionalistas, realistas o consecuencialistas (2020: 223). El tema es la incorporación de saberes importantes provenientes de otras disciplinas como condición para elucidar el trasfondo normativo y los valores en disputa en los casos de conflicto. No se pueden deslindar los valores de libertad o igualdad del marco más amplio de ideas económicas, regulaciones de mercado, planificación estatal. De otra manera, cualquier regulación luce como amenaza. Se dirá que esta declaración no es original y que los tribunales operan ya siempre con estas consideraciones.¹⁸⁷ Esto es relativamente cierto, pero se pretende prevenir contra una tendencia hacia la moralización de la argumentación en sede constitucional. A partir de aquí se podría sospechar que insinúa dejar las cosas como están, y que los tribunales ordinarios no constitucionales habrían estado haciéndolo bien al

¹⁸⁷ Brennan y Buchanan niegan que éste sea el caso: “La jurisprudencia anglo-americana enfatiza la regla de la razón; pero descuida gravemente la razón de las reglas. Actuamos juegos —legales— políticos socioeconómicos que pueden ser descritos empíricamente solo por sus reglas. Pero la mayoría de nosotros juega *sin un entendimiento o apreciación de las reglas*, cómo llegan a existir, cómo son reforzadas, cómo pueden ser cambiadas, y más importante, cómo pueden ser normativamente evaluadas. Un «analfabetismo constitucional» básico se extiende e incluye tanto a los eruditos como a los laicos” (1985: ix).

conocer mejor caso a caso dada su especialización las varias materias que el derecho trata: familia, contratos, comercio, administración, fiscalidad, medio ambiente u otros. Pero tampoco es ésa mi posición, ya que todas esas ramas se desarrollaron sin referencia a valores constitucionales.¹⁸⁸ Lo que propongo es reflexionar sobre esas disciplinas jurídicas dentro de la gramática de las Constituciones, de los derechos y del régimen democrático; no ocurrir inmediatamente a nuestras intuiciones morales cuando alguna institución, como economía, burocracia, ciencia y técnica, afecten la autocomprensión espontánea de las personas. Sostengo que se requiere una mirada más alerta. Como Habermas indica, es posible que los desarrollos paralelos y los intercambios entre las instituciones hayan hecho posible las ganancias prácticas y cognitivas constitutivas de nuestra subjetividad moral y ciudadana aunque sus dinámicas no estén exentas de tensiones.

Mi propuesta quiere visibilizar que la ciudadanía ha de reflexionar conscientemente sobre sus roles en cada situación, entender la lógica interna de las prácticas en las que están inmersos, porque de otra forma quedarán blindadas. Recuérdese la noción de democracia compleja de Innerarity (2020) y la ciudadanía reflexiva de Thiebaut (1998) o de Olson (2006) para las sociedades modernas. Bicchieri (2019) ha demostrado que el cambio y la crítica de las normas es posible, pero es menester que se comprenda el sentido de las prácticas bajo la mira y sus reglas. Su enfoque coincide con el análisis de Thévenot y Boltanski (2006) de la justificación de órdenes normativos plurales, o Walzer (1993) y las esferas de justicia. Thévenot emplea la analogía de los pasajeros en un tren que asumen roles distintos en cada situación (2016). La misma idea está en Luhmann (2010)¹⁸⁹ y Goffman (1997): los papeles sociales se pueden controlar en alguna medida; no son distinguibles exclusivamente por los observadores externos, sino que se vuelven parte del sentido común de las personas. Como dice Lamo de Espinosa: “el reconocimiento de cualquier regularidad puede eventualmente producir, no tanto su uso, sino, más radicalmente, su cambio o desaparición a través de

¹⁸⁸ Recuérdese que en el Estado legal la validez de las normas es una cuestión procedimental y no material, de modo que no había razón para incluir la sustancia de los derechos en las normas jurídicas, dignidad y autonomía personal; mucho menos los asuntos relativos al autogobierno.

¹⁸⁹ “Junto al rol de ciudadano, el ser humano también desempeña otros roles. Debe participar en muchos subsistemas de la sociedad, cuya diferenciación se refleja en las dificultades que él percibe para administrar sus roles. Debe coproducir en el sistema económico, legar cultura, intervenir en una buena cantidad de eventos público no-políticos, llevar una vida familiar y, todo esto, sin desintegrarse, sin dejarse fragmentar por deberes de comportamiento en pugna. Esto sólo lo puede lograr si en todos los roles puede presentarse siendo uno y el mismo”, Luhmann (2010: 131 y 132).

un proceso de auto-reflexión colectiva” (1990: 137). Honneth (2014) y Forst (2012) tienen esto en mente cuando exhiben cómo sucede la crítica en las luchas por reconocimiento y justificación en condiciones de diferenciación social. Lo que rechazo es atribuir a la noción de justificación el apelativo de moral exclusivamente porque sea la última razón que para cada caso concreto tenemos a la mano.

Debido al déficit de formación en filosofía social de los juristas, parte importante de la argumentación constitucional ha adoptado una forma moralizante como si el núcleo de los derechos humanos y de la autonomía personal fuera individualista: de sujetos independientes y autosuficientes. Esta imagen se complementa con una idea del orden colectivo como contrato y de la democracia como mercado de intereses particulares. Nótese que el ideal moral ha hipostasiado al sujeto burgués situado en la génesis del proyecto ilustrado. Dice Luhmann: “(l)a concepción actualmente dominante en la jurisprudencia dogmática sigue este camino equivocado” (2010: 172). Este ideal padece cada vez que los cambios sociales configuran nuevas condiciones materiales: mercantilismo, industrialismo, socialismo, feminismo, multiculturalismo, movimientos altermundistas, decoloniales o ecologistas. Asimismo, respecto de la filosofía política, en la argumentación jurídica, incluso en sede constitucional, no es común explicitar los paradigmas subyacentes a las categorías normativas de los derechos humanos y la democracia empleados; siendo éste un asunto que no debería eludirse ante cuestiones fuertemente controvertidas por la ciudadanía y los movimientos sociales.

El problema de este enfoque atomista lo recuerda Lamo de Espinosa: “Una sociología que se limite a penetrar en la conciencia de los sujetos descubrirá una parte muy restringida de la realidad social pues ésta es, en gran medida, inconsciente o ignorada por los actores” (1990: 66 y 67). Hace falta un individualismo metodológico, no ontológico. Ambas perspectivas de observador y participante son básicas para la comprensión y la crítica de las normas.

Lo que denunció entonces del uso moralizante de la argumentación jurídica es que ésta se ancla en una concepción del individuo de querencia liberal, pero no precisamente la más sofisticada: ampliamente criticada como ideológica define al individuo en contraste con la sociedad y adopta una antropología filosófica racionalista y universalista descontextualizada y ahistórica. Así lo pone Vergés:

...el liberalismo tiende a defender que la explicación de los fenómenos sociales tiene que realizarse a partir de la conducta individual (individualismo metodológico), a considerar que la realidad social es reducible a la realidad de

los individuos (individualismo ontológico) o a plantear una justificación moral del gobierno y las instituciones en términos de lo que aceptan o podrían aceptar los individuos (individualismo moral). Es más, existe una tendencia importante dentro del liberalismo a presuponer que uno tan sólo puede defender el individualismo moral si uno parte de un individualismo metodológico y ontológico al mismo tiempo —aunque eso no tiene por qué ser así necesariamente (2021: pos. 1626)—.

Llama la atención que esta hipóstasis se dio también en algunas teorías psicológicas importantes del desarrollo moral de las personas, desde la niñez y sus subsecuentes etapas. La crítica de Gilligan a Kohlberg sobre el estadio final del desarrollo, una etapa posconvencional interpretada en clave de universalismo formal apunta a una noción diferente de moral contextual bajo la categoría del *cuidado* (Gilligan, 2013, 2009; Kohlberg, Power, Higgins, 1997; Tronto, 2013, 2015; Camps, 2021). En la doctrina de los derechos humanos este giro paradigmático se podría comparar con una forma diversa a la habitual de interpretar el principio de universalidad de los derechos, que pasa de entender dicha noción desde una generalidad abstracta, hasta visibilizar la dimensión de la inclusión: no dejar a nadie afuera y no dejar a nadie atrás. El cambio interpretativo puede parecer inocuo, pero implica establecer como prioridad práctica las posiciones peor situadas de quienes han quedado lejos del cobijo efectivo de los derechos humanos. Como recurso heurístico, este enfoque es clave, ya que la generalidad semántica de una norma puede tratar de ser satisfecha mediante un expediente utilitario, de maximización, situación que tendería a comprometer aún más las posiciones débiles de ciertas personas y grupos. De manera que el cambio conlleva adoptar una aproximación pragmática a las normas que destaque sus consecuencias y sus resultados visibilizando cómo le va a cada participante en sus particulares papeles. Se pueden notar en esta reinterpretación de la doctrina de los derechos paralelismos con la concepción liberal igualitaria de Rawls, opositor del utilitarismo y promotor del principio de diferencia como la prioridad práctica por los más débiles, salvadas las libertades iguales de todos.

La idea de cuidado ha sido retomada por Innerarity: el medio ambiente, las cuestiones bioéticas o la seguridad social, que incorporan el enfoque del ciclo de vida dependen de desarrollar cualidades prácticas y de juicio especiales que la idea y la práctica del cuidado manifiestan. Relacionar la mirada de Gilligan con las condiciones pragmáticas identificadas por Bicchieri sobre el cambio normativo sin recurrir a ideas morales trascendentes es importante para entender el significado de la reflexividad como autoconfrontación en el seno de las prácticas sociales. No existe un “ojo de Dios”

para juzgar la sociedad: externar una preferencia por el realismo moral no resuelve mágicamente el problema práctico y epistémico de encontrar la norma correcta en cada caso. Uno puede confiar y aspirar a esa posibilidad sin ingenuidad ni dogmatismos. Lo que los realistas morales no explican con rigor es la fuente de sus certezas ante los desacuerdos remanentes de diálogos que hayan respetado las reglas y los procedimientos elementales. Es como si no quisieran renunciar a la idea de que “en el fondo” de la normatividad y de la autonomía permanece la conciencia íntima limpia de ataduras y condicionamientos sociales. En el plano judicial, en México existen sentencias de la Suprema Corte que ilustran el fondo simplista de una defensa de la autonomía que deja de lado, como si fuera una virtud argumentativa, la complejidad de la vida social. Observa Luhmann: “La mirada hacia nuevas teorías sociológicas de mayor complejidad se bloquea orientándose hacia dicotomías simples, como las de sociedad y Estado o intereses individuales y restricción socialmente exigida” (2010: 172). Afirma que la dogmática prefiere ideas precientíficas de la naturaleza del ser humano sobre otros enfoques, como la psicología u otras ciencias sociales. No me refiero a los asuntos gubernamentales, en los que podría primar un interés político oculto, sino al tipo de problemas públicos que son propios de la convivencia. Casos como el uso lúdico de la marihuana, el sexoservicio como un contrato profesional, la subrogación materna o la donación de órganos entre desconocidos; todos han sido resueltos a favor de individuos-atomizados mediante la defensa del principio de libre desarrollo de la personalidad; o del servicio de transporte privado (*Uber*) como manifestación de las libertades laboral y empresarial (Niembro, 2021). En términos coloquiales se diría que los árboles individuales que sirven a los jueces de parámetro normativo no les dejan ver el bosque de lo social-público. No me atrevo a insinuar cuáles sean las mejores respuestas en cada uno de estos casos, porque lo importante es visibilizar las diferencias, ampliar alternativas y abrir la imaginación institucional. Se trata de mantener viva la conversación entre iguales, según Gargarella (2021a).

El problema que denunciamos de esta noción de moralidad es cierta inconsistencia con el resto de las disciplinas sociales y humanas: economía, sociología, psicología, historia, antropología. Una vez más, su defecto es defender imágenes simples, pero deformadas del individuo y la sociedad. Como recuerda Villoro (1985) de las ideologías: su vicio no es que sean erradas, sino su incapacidad de reconocerlo.¹⁹⁰ No sugiero que jurisprudenden-

¹⁹⁰ Así también concibe Forst a las ideologías: como justificaciones de relaciones de dominación que se aíslan a sí mismas del desafío crítico distorsionando el espacio de las razones y presentando dichas relaciones como naturales o dadas por los dioses (2014: 103).

cia y dogmática deban allanarse sin más a los saberes de dichas disciplinas, pero es indispensable hallar espacios de diálogo para poner en coherencia los desarrollos que puedan impactar la labor de los tribunales. Piénsese, por poner un ejemplo, en las cuestiones del costo o la eficacia de los derechos (Sunstein y Holmes, 2011).

Con una perspectiva distinta se critica el método de la ponderación (García Amado, 2016; Arballo, 2020), que domina en la argumentación neoconstitucional, iusmoralista y postpositivista, del tipo de Alexy, Dworkin o Atienza. Esta crítica es concurrente porque objeta la recurrencia a razones morales que se dan por objetivas, no siéndolo. Aunque la herramienta de la ponderación se autoconcibe como progresista respecto del sistema de reglas positivas porque apela a principios firmes, su uso suele confirmar empíricamente los valores morales de sus promotores, que tienden a ser los hegemónicos, o al menos unos que han sido socialmente apropiados. Piénsese por ejemplo en las transformaciones relativas al género, al feminismo, a la diversidad sexual, al matrimonio igualitario o al aborto. Éstas llegaron al derecho sólo detrás de amplias movilizaciones colectivas, es decir, en democracia:¹⁹¹ “De hecho, lo habitual es que las disputas judiciales sean la retaguardia, y no la vanguardia, de las deliberaciones políticas” (Arballo, 2020: 22). No hay evidencia de la proclividad de la judicatura al cambio.

Apelar a la moral retóricamente para anunciar una mera intención pragmática puede ser útil para fijar la meta y los alcances de la discusión pública: ésta no tratará entonces de meras preferencias, hábitos, costumbres o identidades inamovibles. Sin embargo, que cualquier sujeto insinúe que donde derecho y política democrática fracasan él puede conocer más allá la corrección normativa es un despropósito, cualquiera que sea la justificación trascendente que pretenda. No hay atajos normativos ni epistémicos a la moral ni a la democracia. Esto confirma la fundamentalidad de estas dos prácticas sociales, como ha subrayado Habermas.

Regreso al proyecto del uso público de la razón de Kant, socializado por Habermas, Rawls o Nino, ninguno sospechoso de decisionismo jurídico, re-

¹⁹¹ Kitcher (2021) mira el progreso moral en los individuos y sociedades con un método pragmatista que subraya discusiones colectivas que se vuelven cada vez más inclusivas, mejor informadas y con participantes dispuestos a considerar las perspectivas de los otros. Creo que se puede leer dicho método a través de la forma en la que han aterrizado nuestras prácticas normativas en el formato de las Constituciones: en los ideales de los derechos humanos y del régimen democrático. Los juicios derivados de estos ideales son verdades provisionales hasta que surjan bases para su remoción. Kitcher cree que su método ha de ser consistente con las reconstrucciones históricas, como han sucedido los cambios contra la esclavitud, la opresión de las mujeres y la discriminación hacia las parejas del mismo sexo.

lativismo moral o demagogia política. La democracia es el mejor sucedáneo del discurso moral, porque sólo a través de la deliberación pública con otros se puede fijar su contenido de un modo vinculante. El paralelismo con la idea de democracia de Kelsen (2005) no es casual. Lo anterior no implica un positivismo de tipo ideológico, que todo derecho deba ser mantenido. La ciudadanía descubre a menudo injusticias en las normas jurídicas; esto nadie lo puede negar con sensatez. Mi enfoque no rechaza que los tribunales coadyuven en esta búsqueda; incluso es proclive a defender su centralidad. Su diseño y la forma regular de sus procedimientos lo convierten en un buen foro deliberativo para pausar conflictos públicos, y para fungir como medio de traducción de diversas gramáticas institucionales, como economía, burocracia, técnica. La apuesta reflexiva del constitucionalismo es que en vez de asumir que el fin de la deliberación sea la moral, se asuma como responsabilidad política el horizonte normativo de los derechos y la democracia, cuyos desarrollos no se subordinan a las interpretaciones jurisprudenciales o dogmáticas ni a los métodos y técnicas de los juristas (Sunstein, 2001). Aunque toda solución estará mediada por normas, sin embargo, en términos heurísticos, en momentos de crisis se ha de explicitar el aporte de cada respuesta plausible al fortalecimiento de la autonomía y el autogobierno de los participantes en las distintas prácticas, que no deben resultar arruinadas en lo global. No es poco lo que esta perspectiva suma: afianza la dignidad de la ciudadanía como estatus para intervenir los poderes públicos y privados. En el debate constitucional, tribunales, juristas y ciudadanía juegan en el mismo campo con gramáticas que han pasado a formar parte del acervo común: los derechos y la democracia son usadas de manera reflexiva en un entorno complejo y plural, sin que las jerarquías tengan poder de cerrar las discusiones definitivamente.¹⁹² Todo cierre se entiende como provisional para un constitucionalista reflexivo.

Cabe sugerir, pero todavía habría que desarrollar, una concepción de la argumentación jurídica para el constitucionalismo que deje atrás las referencias inmediatas a la moral, como si hubiera un ámbito material discernible que así pudiera ser calificado por los individuos y colectivos que conviven en las sociedades plurales y complejas.¹⁹³ Se debe anular “la imagen

¹⁹² Dice Pereda “Los juristas, como los investigadores científicos, los enamorados, los comerciantes, los críticos literarios o los historiadores pueden iniciar, una y otra vez, diferentes ciclos argumentales para explorar y resolver/disolver sus perplejidades sus conflictos, sus problemas” (1994a: 59 y 60).

¹⁹³ Regreso con Pereda: “quien procura evaluar la racionalidad adjetiva de una persona, de una acción, de una institución, de una tradición... con identificadores inmediatos y estíctos, va, creo, por mal camino, por el camino de los prejuicios, la censura, la imposición;

simple de que la aplicación de los valores es sobre todo cosa de buena voluntad” (Luhmann, 2010: 316). Tal concepción argumentativa, para no quedar reducida a versiones positivistas formalistas o dogmáticas, y para retener un punto de vista crítico del derecho, podría avanzar explicitando las teorías de la justicia que subyacen a los ideales de derechos humanos y del régimen democrático; o sea, los principales paradigmas filosófico-políticos que han informado histórica y doctrinalmente al Estado constitucional (Gargarella, 1999; Vázquez, 2019).¹⁹⁴ Aunado a esto, también deben tenerse en cuenta ideas económicas, sociales y humanísticas que circulen con un grado elemental de consenso en el espacio público. En la medida en que se hayan desarrollado en paralelo tenderán a incorporar caracteres de la sociedad moderna donde la integración moral no es ya una alternativa plausible. La ventaja cognitiva y práctica está en el hecho de que aportan insumos normativos diversos a la argumentación jurídica que no pretenden tocar el piso inmovible de la moral, sino algo más asequible. Se gana objetividad, consistencia y coherencia con materiales obtenidos de tradiciones como liberalismo, utilitarismo, republicanismo, socialismo, feminismo, y de otros saberes económicos, sociológicos, antropológicos, psicológicos. Este es un proyecto que está todavía por desarrollar, pero indica una ruta exploratoria no suficientemente transitada por los filósofos del derecho.¹⁹⁵ La preeminencia de las razones en casos de conflicto dependerá de cómo los principios y valores de estos saberes coadyuven en la realización de los estándares de autonomía y autogobierno atribuidos al constitucionalismo reflexivo con las

en fin, apuesta por la imaginación centrípeta. El concepto adjetivo de racionalidad pertenece a la esfera del debate, del desafío, de la exploración, de las pruebas y contrapruebas..., de la imaginación centrífuga...; en ningún caso introduce una autoridad final e incontrovertible” (1994a: 89).

¹⁹⁴ Arballo es enfático en este punto “El problema es que el neoconstitucionalismo plantea una Teoría del Derecho sin una teoría de la Justicia que la acompañe o que esté a la altura del desafío. Paradójicamente, la mejor defensa del neoconstitucionalismo es defenderlo desde un explícito no-lugar teórico, recurrir al particularismo como hace Alfonso García Figueroa en «Criaturas de la moralidad» (2020: 19 y 20).

¹⁹⁵ Ante el agotamiento de los conceptos científicos o técnicos para ciertos problemas, Jesús Vega propone que el discurso filosófico entre al quite: “Serían conceptos *trascendentales*, por cuanto «trascienden» a cada una de las categorías, pero no a todas en su conjunto (como sucedía con las tres ideas clásicas de la metafísica tradicional arrumbadas por Kant en la primera *Crítica*). A estos conceptos cabe llamarlos en efecto *ideas* filosóficas, siguiendo de nuevo una tradición que arranca de Platón y llega hasta Kant o Hegel, sin que ello suponga comprometerse con la concepción metafísica tradicional, sino entendiéndolas ahora como ideas en sentido histórico-cultural (vinculadas a «ideologías», pero no reducibles a éstas). Las teorías filosóficas no son entonces otra cosa que elaboraciones e interpretaciones más o menos sistemáticas de estas ideas a lo largo de su curso histórico” (2018: parr 5).

nociones de derechos humanos y democracia.¹⁹⁶ No insinúo que el trayecto sea sencillo; sin embargo, acota el terreno de la discusión de las juezas y jueces para que no recurran directamente a aquel otro espacio que visualizan como moral —ardid retórico que ocurre en un limbo discursivo, un espacio en donde cuenta como moral lo que cada quien cree bajo el criterio fortuito de que sean sus últimas razones—. Sorprende cómo esto se haya llegado a pensar con seriedad. Como expresa Habermas: “Una aplicación de la ética del discurso al proceso democrático (o judicial, cabría agregar), efectuada sin las *necesarias mediaciones*, o la aplicación de un concepto de discurso no suficientemente aclarado, no pueden conducir sino a disparates” (1998: 225). Se requiere un paradigma del derecho y de sus formas argumentativas que sea capaz de responder a las sociedades complejas, ya que por otra parte resulta inevitable que los jueces tengan ideas implícitas relativas a la sociedad, una visión social que genera el contexto sobre el cual fundan sus decisiones, establecen hechos e interpretan normas. La jurisprudencia y la dogmática no se pueden comportar ingenuamente: “porque la comprensión paradigmática del derecho ha perdido la inocencia de un saber orientador que actuase solamente a espaldas de los implicados en la práctica jurídica, tal comprensión de fondo exige hoy una justificación en términos autocríticos” (1998: 474).

¹⁹⁶ Se podría sugerir con Pereda que ambas prácticas, derechos y democracia, tienen “*efectos reconfigurantes o retroactivos* o, si se acepta la expresión, *efectos bumerán* respecto de los agentes epistémicos que los produjeron... Entre otros, un *efecto bumerán* de estos procesos consiste en producir no sólo ampliaciones, sino también correcciones de los poderes epistémicos de los agentes. / Un ejemplo común: a partir de la construcción de algunos sistemas lógicos se reconstruyen los principios normativos de razonamiento con los que se corrigen modos espontáneos (¿o producto de la pereza intelectual?) de razonar falaz, digamos, el frecuente argumentar cometiendo la falacia de afirmar el consecuente. Otro ejemplo no menos común: artefactos producto de prácticas de conocimiento que incluyen diversas tecnologías, como los microscopios y los telescopios, amplían el poder de discernimiento de la vista” (2009: 222). Mi propuesta va en esa dirección, derechos y democracia relevan aclarando varios juicios prerreflexivos sobre asuntos prácticos, antaño dejados a la moral personal.