

CAPÍTULO SEXTO

CONCLUSIONES. HACIA UN CONSTITUCIONALISMO REFLEXIVO

El libro desarrolla la noción de constitucionalismo reflexivo. Se trata en realidad de una versión del constitucionalismo deliberativo. Igual que éste, hace hincapié en los procesos de diálogo, poniendo énfasis en sus aspectos prácticos y epistémicos mediante ejercicios de justificación públicos. Lo que añade la idea de reflexividad tiene que ver con el problema de la diferenciación funcional de sistemas normativos, que es típica en las sociedades modernas, y que genera dificultades, que van más allá del trato con la pluralidad de ideologías y creencias comprensivas. Visibilizar la complejidad social es el propósito de esta concepción constitucionalista para lidiar con órdenes de acción en los cuales la conducta humana se automatiza. A lo que el constitucionalismo reflexivo invita es a elucidar durante la discusión democrática las posiciones de los participantes en múltiples sistemas y a verificar cómo pueden afectar su mirada práctica. Pone luces de advertencia sobre estas causas que habitualmente pasan desapercibidas a las personas. La expresión es deudora de la idea de modernización reflexiva de las ciencias sociales (Beck, Giddens y Lasch, 1997; Lamo de Espinosa, 1990), que ha hecho sentir su influencia en la filosofía práctica (Habermas, 1999a; Rawls, 1999; Nino, 2013). Las personas en sociedades complejas aprenden a orientarse en diversos sistemas, aunque no puedan captar el orden en conjunto (Thiebaut, 1998).

El motivo principal es entender las Constituciones como espacios de conversación (Gargarella, 2021), prestando especial atención a aspectos jurídico-institucionales, especialmente aquellos que funcionan como los lugares de apertura que traducen los impulsos desde la opinión pública hasta las decisiones políticas fundamentales. En este sentido, su foco es más específico que la democracia deliberativa. Se pretende pensar el papel del derecho en medio de la complejidad de sistemas que no derivan de la Constitución, pero que atraviesan y se solapan con sus normas afectando sus principios (Mansbridge y Parkinson, 2012; Vermeule, 2011); verbigracia, los regímenes patrimonial, tributario, laboral, de mercado o de cuidados. Mediante la institución del acceso a la justicia vista en sentido amplio que se explicita

como un derecho llave se recupera el poder de las personas para influir en las decisiones públicas aunque no exista un centro al cual atribuir control pleno del conjunto (Bonilla Maldonado y Crawford, 2019; Cappelletti y Garth, 1978). El acceso a la justicia no se circunscribe a mecanismos jurisdiccionales, sino que puede referir a cualquiera de los dispositivos aptos para poner en movimiento la maquinaria constitucional. Cumple por tanto una función democrática: traduce demandas ciudadanas al idioma de los derechos. Es una herramienta importante, pero no es la única. Depende de una esfera pública dinámica.

El constitucionalismo reflexivo invita a revisar algunos aspectos del constitucionalismo liberal. No implica estar contra, sino ir más allá de su configuración institucional actual. No hay mejor forma de honrar el modelo que juzgar sus resultados, sobre todo en el escenario presente: junto a los problemas de desigualdad surgidos al asociar liberalismo y mercado —que habría evolucionado hasta la forma del neoliberalismo (Escalante Gonzalbo, 2015)— aparecieron problemas de integración social. En este contexto, el liberalismo recibe críticas de dos frentes: izquierda y derecha (Vallespín, 2023). De un lado, las personas sufren privaciones y perciben que no tienen poder de autogobernarse, aunque los Estados ya no interfieren con sus vidas, sino otros poderes privados. Del otro, se debilitan los lazos de la cooperación y se torna difícil perseguir metas colectivas (Sandel, 2022). No es exclusivamente la crítica conservadora y libertaria (Nozick, 1988), sino también la de aliados republicanos (Sunstein, 2011; 2018) o del socialismo democrático (Piketty, 2014; 2020; 2021). A lo largo del texto critico el individualismo como una interpretación de los derechos y la democracia; pero no cuestiono el valor positivo que tienen ambas instituciones.

El libro quiere llevar el constitucionalismo hasta instituciones donde sus principios no se cumplen porque funcionan con normas ajenas al debate público, sobre todo de carácter utilitario o instrumental, como las económicas, que no se hacen responsables de las injusticias. En esto radica su dimensión reflexiva. La dificultad está en comprender la gramática de dichas prácticas, su importancia en el sistema social global y sus intercambios con el derecho, de modo que el intento de controlarlas no cause daños mayores. Cabe subrayar que tales daños se evalúan en relación con la autonomía y el autogobierno, en la base de la dignidad humana.

La perspectiva pragmatista se distingue del funcionalismo de la teoría social, que no incluye el punto de vista de la acción, de las teorías económicas de la elección racional y del institucionalismo de las ciencias políticas. Éstos asumen que la complejidad no es enjuiciable normativamente. Importantes autores han cedido a los enfoques teleológicos, estimando que

ciertos sistemas se guían por códigos rígidos contra la racionalidad que subyace al espacio de la opinión pública, que se canaliza al derecho a través de sus esclusas (Habermas, 1998). El resultado ha sido dejar a su espontáneo desarrollo una serie de prácticas injustas como si no existieran alternativas. El derecho se ha allanado a imperativos de otros órdenes normativos, asimilándolos a veces de manera inconsciente.

Destaca la originalidad de los estudios del constitucionalismo latinoamericano. Tras los procesos de transición democrática de la región se han generado estudios rigurosos y críticos del tema. Se ha hecho énfasis en cuestiones materiales que afectan valores públicos, como la igualdad y la solidaridad, lo que ha sido uno de sus aportes más trascendentes en comparación con otras regiones que rechazan el mismo estatus para los derechos sociales, económicos y culturales. En el derecho, pero también en la política, se han generado concepciones de la democracia y de los derechos adelantadas. Es el caso del constitucionalismo deliberativo (Nino, 1992, 1997; Gargarella, 2021); del *ius constitutionale commune* (Bogdandy, 2020a; 2020b), o del constitucionalismo del Sur Global (Bonilla Maldonado, 2015, 2016; Rodríguez Garavito, 2008, 2011, 2019).

Sin embargo, el optimismo y el vigor del proyecto constitucional regional se han visto empañados ante una realidad dura de desigualdad, pobreza y exclusión. Habitamos la región más desigual del planeta, que se manifiesta en cuestiones de género, étnicos y de clase. La injusticia erosiona la legitimidad estatal, genera violencia e inseguridad y quiebra la confianza necesaria para la cohesión social. Relacionado con ello, se ha criticado la importancia dada a los catálogos de derechos que crecen generosamente, sin poner la misma atención en los aspectos orgánicos del diseño institucional que promoverían la capacidad de participar con otros en condiciones de reciprocidad en las prácticas. La sala de máquinas constitucional es el sistema de reglas mediante las que ejerce la agencia personal (Gargarella, 2014). Los derechos no se satisfacen sólo con su declaración ni con instituciones pensadas para contextos distintos. La división de poderes, de frenos y contrapesos, debe ser adecuada a la complejidad de la sociedad. Existen estudios en esta dirección, pero la mayoría se concentran en la política institucional entendida tradicionalmente (Ackerman, 2011; Sartori, 2011): en la estructura básica (Rawls, 2002), que deja fuera a los poderes privados (Ferrajoli, 2011, 2014, 2018).

El crecimiento desmesurado de la administración afecta la representación y participación porque las decisiones nacen de los poderes ejecutivos (Sunstein y Vermeule, 2020). Este movimiento hace que las expectativas ciudadanas se desplacen a liderazgos personales que atraen el caudal de

legitimidad. La burocracia opera como caja negra en la forma de procesar las demandas de la gente. La democracia participativa y deliberativa busca abrir el debate sobre los mecanismos decisorios (Goodin, 2003; 2008; Landemore, 2020).

En todo caso, el presupuesto sobre el que descansa la separación público-privado que se incorporó en el núcleo del constitucionalismo invisibilizó problemas asociados a instituciones clasificadas como privadas, como si no tuvieran relevancia constituyente: relaciones familiares, régimen de cuidados, fiscalidad, patrimonio, mercado laboral o consumo. Aunque el derecho reguló esas prácticas sociales, muchas veces se replicó las instituciones religiosas, culturales o económicas en sintonía con el *statu quo* y sin referencia a los valores constitucionales. Recuérdese su contexto de surgimiento, y cuánto anteceden a los derechos humanos, cuyo consenso es reciente (Moyn, 2015). Junto al feminismo, otros movimientos, como el ecologismo, el anticolonialismo o el indigenismo luchan por visibilizar el daño que esos órdenes causan. En el trayecto se habló de formas ecuménicas de adopción de las gramáticas de los derechos y la democracia. En ellas está el núcleo participativo del constitucionalismo reflexivo. La agencia atraviesa la pluralidad de instituciones, porque los individuos identifican las posiciones desde las cuales juzgar cada situación.

Dada la perspectiva metodológica propuesta, el enfoque de las prácticas hace dialogar los valores de la filosofía social y política constitucional con instituciones salvajes (Ferrajoli, 2011). Gracias a la socialización en diversas esferas que la modernidad abre, las personas son capaces de transitar entre varios sistemas de normas sin que ninguno predomine en automático. Aunque ciertas prácticas son elementales, como la moral o los discursos sobre la verdad, la integración social no ocurre bajo un único principio. En términos que tomo prestados de Habermas (1996), no sería la filosofía pura, sino el lenguaje constitucional de los derechos y la democracia lo que podría funcionar como vigilante e intérprete, fijando la base de la legitimidad institucional. Sin anticipar qué prácticas deban prevalecer caso a caso, se busca entender internamente su normatividad para juzgarlas y actuar.

La división de poderes actual no es idónea, porque ignora los poderes fácticos distintos a los estatales. Sin embargo, se debe hacer una prevención importante para que las formas de control constitucional estén a la altura de los cambios: se debe primero entender la lógica de los regímenes injustos para tener capacidad de influir en ellos, pero sin arruinarlos cuando desempeñan una función necesaria dentro del sistema social. En hipótesis, cabría ajustarlos. Esta cuestión ha sido destacada en ciertas discusiones de la democracia deliberativa que, a diferencia de Habermas (1988), señalan la

existencia de múltiples sistemas sin centro (Parkinson y Mansbridge, 2012; Vermeule, 2007, 2011). Incluso en algunos enfoques funcionalistas los derechos son capaces de afectar otros sistemas modificando su normatividad (Luhmann, 2010; Teubner, 2005).

Se trata de revisar las prácticas con enfoque de participantes para evaluar si sus reglas son públicas (si están a la vista de todos u ocultas), recíprocas (si obligan a todos por igual) y equitativas (si tratan con igual respeto). La clave del análisis son la gramática de los derechos y del régimen democrático. Es un hecho conocido que cada vez más los tribunales intervienen en esferas antes intocadas: familia, propiedad, contratos, corporaciones. Muchas de sus soluciones han sido trascendentes. No obstante, por el carácter de su función, su enfoque se constriñe a litis particulares cuyos alcances no son capaces de fijar. Esto dificulta que sus tesis, incluso si son agregadas, puedan ofrecer una mirada holística de las prácticas. El enfoque constitucional ajusta el lente a los escenarios donde es posible imputar responsabilidades. En el pasado esto implicaba un marco de análisis de filosofía política westfaliano, que circunscribía todavía el contexto de la acción humana a los Estados nacionales (Fraser, 2008; Young, 2013).

El estudio se extiende al sistema interamericano de protección de derechos. Debido a la complejidad y pluralidad de los órdenes jurídicos, la legitimidad afincada en los Estados nacionales es cuestionada cada vez más. El concurso de las soberanías y los mercados genera problemas de índole diversa. Pero también en este ámbito más amplio, la facultad de juzgar (Arendt, 2003) atraviesa moral personal, ciudadanía nacional y cosmopolita (Kant, 1993). El acceso a la justicia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee naturaleza política más allá de la materia que se reclame. Este derecho no depende de otro derecho sustantivo, sino que otorga un estatus que traslada un imperativo de justificación al poder político, en este caso internacional. Se propone un marco interpretativo de la práctica judicial que confirme el rol político de los jueces: a través de ellos la democracia alienta mayor participación y oposición (Dahl, 1989). Es una forma de ejercitar la razón pública, de juicios morales a principios constitucionales, y viceversa, en doble vía. Mejor, multidireccional, si se añade el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos.

En relación con lo dicho del acceso a la justicia en distintas sedes, la argumentación constitucional da curso a un derecho-poder constituyente capaz de abrir el código-fuente democrático (Landemore, 2013; 2020). Incluso en el ámbito internacional, como se observa en el párrafo precedente. Las cortes cumplen la misión de guardar el núcleo axiológico de la Consti-

tución tanto en el apartado dogmático del catálogo de derechos como en la parte orgánica sobre el régimen democrático.

Dado que los participantes regulares del foro judicial son abogados y estudiosos del derecho, parece normal asumir que sean sujetos privilegiados para conocer su sustancia y procedimientos. Aunque no se pretende criticar estas funciones básicas tratándose de los casos no problemáticos, estimo que se debe ampliar la perspectiva. El debate constitucional suele suceder en torno a casos difíciles sobre los que pesan desacuerdos profundos; problemas públicos insuficientemente teorizados (Sunstein, 2001). En estas condiciones, el gremio de juristas no posee una autoridad epistémica o práctica mayores al promedio en las zonas borrosas. Asumir lo opuesto no cabe fácilmente en una teoría democrática participativa y deliberativa consistente (Lafont, 2021). Hay que prevenir contra una tendencia a la moralización del razonamiento judicial, que apunta a resolver los desacuerdos persistentes como si la judicatura poseyera alguna perspectiva especial cuando las normas positivas lucen insuficientes.

El enfoque metodológico de las prácticas es un modelo de razón práctica, pero no se reduce al discurso moral, porque se afina en distintos tipos de regímenes. Es en cada uno de ellos donde se debe calificar la participación de las personas. Esto significa averiguar cómo realizar la autonomía y el autogobierno en todas las prácticas sujetas a juicio; interpretarlas en clave de derechos y democracia: verbigracia, el mercado laboral, las corporaciones y firmas, o incluso la vida familiar. Sospecho que el control difuso y la interpretación conforme en las cuestiones de justicia cotidiana y no sólo en cortes supremas o tribunales constitucionales es análogo en buena medida a esta propuesta. Habrá que echar mano de la imaginación institucional para revitalizar los canales de comunicación entre las diversas prácticas y el sistema constitucional; implantar sensores y cajas de resonancia para que todas las voces sean tenidas en cuenta, en especial las que han sido silenciadas y excluidas.

Si hubiera que sintetizar en pocas líneas la contribución al debate del constitucionalismo reflexivo, ésta consistiría en el señalamiento enfático de la multiplicidad de instituciones formales e informales que cruzan el sistema constitucional afectando sus normas, sin tener control sobre ellas. Se trata de ofrecer una perspectiva que concibe a la sociedad como una red compleja de prácticas, en donde no existe un centro capaz de supervisarlas ni un único conjunto de valores. Regímenes como fiscalidad, mercado o propiedad; otros, como familia, cuidados y protección social, así como ambiente, energías, ciencia y tecnología, se desarrollan fuera del derecho, aunque luego sus normatividades se traslapen. Cada práctica posee reglas propias

porque cumplen fines específicos. Muchas son necesarias para la sociedad. Sin embargo, no fueron concebidas para acoger principios de derechos o democráticos, que poseen también propósitos propios. El constitucionalismo reflexivo ofrece puntos de vista para influir sobre las prácticas que causan injusticias: pobreza, desigualdad, dominación, explotación, exclusión o violencia. Consciente de su deber básico, invita a repensar la realización de los derechos poniendo mayor interés en los instrumentos de participación, en una sala de máquinas que funcione como un mecanismo de relojería de movimiento perpetuo: una democracia abierta. Bajo este enfoque, el acceso a la justicia es reinterpretado como un derecho eminentemente político: supone el poder permanente de disputar y oponerse a la autoridad estatal y a las múltiples violencias de los poderes privados. Es un derecho participativo y deliberativo. Su ejercicio avanza de lo local hasta el sistema internacional-interamericano de derechos humanos, y reclama capacidad de juzgar en calidad de persona, de ciudadano o de sujeto cosmopolita. Pero es importante subrayar que su impulso nace de la ciudadanía, no de la judicatura. Esto no implica minusvalorar los avances de la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, pero obliga a supervisar la labor de los tribunales. No tienen una autoridad práctica o epistémica mayor ni un acceso al discurso moral privilegiado. La renovación del proyecto constitucional exige estar a la altura de la complejidad social.