

LA CONSTITUCIÓN EMERGENTE (un ensayo de meta-teoría constitucional desde el constructivismo jurídico)

Enrique CÁCERES NIETO*

A Felipe Lara: “Hub” al que indiscutiblemente se referirá la historia de la complejidad social en México.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Problema.* III. *Presupuestos epistemológicos y teóricos;* IV. *Desarrollo: Pluralidad de modelos explicativos de la constitución en la globalización.* V. *Hacia un nuevo concepto de ‘constitución’ en la era de la globalización (ensayo de una conclusión).*

I. INTRODUCCIÓN

La llamada “globalización”, o lo que con mayor precisión han denominado “las globalizaciones múltiples” Berger y Huntington¹, forma(n) parte de las representaciones universales con que concebimos el mundo de nuestra época.

Si bien algunos niegan que la globalización sea un fenómeno contemporáneo (de lo cual da fe el imperio romano o la propagación de las creencias religiosas) lo cierto es que las características que está teniendo este proceso, o la continuación actual de un proceso ancestral, carece de precedentes en la historia. Nunca antes como hoy la comunicación anónima entre particulares facilitada por medios de comunicación electrónicos había posibilitado la integración de redes sociales capaces de desestabilizar regímenes políticos autoritarios y modificar el equilibrio geopolítico; ni la indignación por el maltrato de una joven en el mundo árabe había despertado espontáneas e inmediatas manifestaciones de solidaridad, principalmente por mujeres, en

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Berger, Peter y Huntington, Samuel, *Globalizaciones múltiples*, México, Paidós, 2002.

todas partes del mundo; jamás como hoy se habían revelado las vergonzosas estrategias de servicios de inteligencia de insospechado poder por parte de un puñado de rebeldes cibernéticos. Viendo la cara positiva de la globalización, cada vez más todos somos uno ante los problemas importantes del mundo.

Sin embargo, la globalización también tiene su cara oculta: agazapada en las secretas redes de crimen organizado capaces de desafiar a la comunidad internacional; en la voracidad de empresas trasnacionales que irresponsablemente contribuyen a la desestabilización de los Estados en los que se instalan; en el imparable avance del neoliberalismo económico diseñado y fomentado por organismos trasnacionales, frecuentemente en detrimento de los países menos desarrollados; en guerras preventivas que terminaron con el control de buena parte de las reservas petroleras mundiales en unas cuantas manos; en la paranoia global ante el temor a las reacciones del terrorismo internacional.

La globalización o, las globalizaciones múltiples, no ha(n) pasado desapercibida(s) al ámbito académico y dentro de él al jurídico. Su impacto desestabilizador en estructuras y conceptos tradicionales como el de Estado o soberanía lleva a la necesidad de revisar, si no es que reinventar, las categorías desde las que solemos conceptualizar y concebir al derecho.

Con ecos de materialismo histórico podría decirse que cambios ocurridos a nivel estructural reclaman cambios a nivel superestructural para comprender los que está pasando. Pero, ¿desde qué supuestos epistémicos, teóricos, metodológicos y conceptuales entender esos cambios cuándo los supuestos disponibles fueron generados para comprender una estructura en plena metamorfosis?. La expansión explicativa del paradigma epistémico aún vigente: el positivismo, plantea un nuevo dilema: ¿qué poder de cobertura explicativa puede tener un paradigma epistémico que también está en crisis o, en términos kuhnianos, abandonando el período de ciencia normal cuando se preludia una revolución no sólo científica sino sobre todo epistémica?

II. PROBLEMA

El problema del que me ocuparé en este trabajo consiste en proponer en forma exploratoria un modelo conceptual que permita explicar, comprender y a futuro investigar empíricamente el impacto de la globalización en el concepto de “constitución” y otros aledaños como “constitucionalismo y gobernanza” (y en última instancia el concepto de ‘derecho’ mismo).

Al respecto existen interesantes propuestas de modelos desarrollados por los constitucionalistas contemporáneo que tienen el mérito de haber seleccionado y organizado información relevante a partir de lo que cada uno ha considerado su objeto de explicación, su *explanandum*, y con ello han elaborado artefactos epistémicos de gran utilidad para la comprensión del problema. Sin embargo, en la actualidad dichos modelos se presentan como excluyentes y rivales y cada uno reclama dar cuenta del fenómeno completo.

Mi conjetura inicial es que esta producción teórica ha llegado a un punto de madurez que permite pensar en una teoría general sobre la globalización y el derecho constitucional (como parte de una teoría general del derecho) a la que puedan reconducirse de manera integrada y coherente esos distintos modelos. En ese sentido este trabajo presenta una propuesta a nivel de meta-teoría constitucional.

Una prevención importante: el mundo es más fascinante de lo que nuestra curiosidad intelectual puede abarcar. Parte de lo que he tenido que dejar fuera de mi núcleo de interés es el estudio profundo del derecho constitucional. En ese sentido el presente ensayo puede también considerarse como el producto de la visión ingenua de un filósofo del derecho que incursiona en territorio desconocido. Tal vez ello proporcione una mirada distinta a los constitucionalistas y los lleve a encontrar cosas diferentes y tal vez sugerentes donde ya habían visto previamente.

Por último, pero no por ello menos importante, deseo subrayar que el carácter exploratorio de este trabajo representa un reto a la capacidad explicativa de la concepción alternativa del derecho en la que llevo trabajando ya varios años y a la que he dado en llamar: “constructivismo jurídico”.

III. PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS Y TEÓRICOS

A. *La crisis epistémica*

Junto con Rolando García², sostengo que en la historia ha habido dos grandes derrumbes epistémicos: el primero el de la epistemología especulativa o metafísica y el segundo el del empirismo.

A pesar de ello, el empirismo ingenuo sigue estando extendido en muchas disciplinas, entre las que se encuentra la teoría jurídica en su versión de positivismo jurídico. Su presupuesto central: la existencia de una realidad

² García, Rolando, *La epistemología genética y la ciencia contemporánea. Homenaje a Jean Piaget en su centenario*, España, Gedisa, 1977.

dada, objetiva y ontológicamente independiente de cualquier mente que la piense que en el caso del derecho corresponde al derecho *positum*, o dado en el mismo sentido que las manzanas que caen de los árboles.

Dos conmociones han removido al empirismo desde sus cimientos: la demostración de que la realidad es un constructo cognitivo y el fin del determinismo.

a) *La realidad es un constructo cognitivo*

El ataque al realismo ingenuo queda planteado claramente en las siguientes palabras de von Forester:

‘allí afuera’ no hay luz de color; sólo existen ondas electromagnéticas; tampoco hay sonido ni música, sólo existen fluctuaciones periódicas de la presión del aire; ‘allí afuera’ no hay calor ni frío sólo existen moléculas que se mueven con mayor o menor energía cinética; y, finalmente, ‘allí afuera’ no hay, con toda seguridad, dolor.³

Esto significa que todo lo que creemos saber acerca del mundo “ontológico” es el producto de la forma en que organizamos esa información que está “allí afuera”, a través de los que Rescher ha llamado “sistematización cognoscitiva”.⁴

En el terreno de la ciencia esto equivale a decir que no es verdad que la realidad determine nuestras teorías, sino que es el producto de un equilibrio reflexivo entre lo que percibimos y nuestras teorías el que determina lo que podemos ver como real. Este fenómeno, perfectamente conocido por Kuhn, es la base del concepto de paradigma⁵ en la filosofía de la ciencia.

Dado que estas ideas han sido mal interpretadas y transformadas en un blanco de paja, debo aclarar que el término ‘realidad’ tiene varios sentidos. Entre ellos: 1) lo que se nos manifiesta como real y 2) aquello que organizamos para generar lo asumimos como real conforme a “1)”. Desde luego que cuando se verifica la incidencia de una variable independiente sobre el comportamiento de una dependiente y con base en ello se verifican y predicen exitosamente cambios en el mundo, no significa que dichos cambios hayan

³ Forester, Heinz, “Construyendo la realidad”, *La realidad inventada*, trad., Nélica M. de Machain, Ingeborg S. de Luque y Alfredo Báez, Editor, Watzlawick. Paul et al., Argentina, Geidsa, 1981.

⁴ Rescher, Nicholas, *Cognitive Systematization*, USA, Blackwell, 1979.

⁵ Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

sido imaginados psicóticamente por el científico. Sin embargo, de ello no se sigue que la realidad “*per se*” sea como el modelo la representa. De ser así no podríamos explicar la evolución de la ciencia ni el carácter provisional de sus teorías a lo largo de la historia.

b) *El fin del determinismo*

El determinismo se sustentó en dos grandes pilares: Newton y Laplace. Para ellos, el universo estaba gobernado por leyes universales e inmutables que al ser descubiertas permiten predecir con exactitud el comportamiento del universo.

En palabras del propio Laplace: “Todos los sucesos, hasta aquellos que a causa de su insignificancia no parecen seguir las grandes leyes de la naturaleza, son el resultado de ellas tan exacta y necesariamente como las revoluciones del sol”.⁶

En ese mismo sentido afirmó en su *Traité du Mécanique Céleste*, que, si se conociera la velocidad y la posición de todas las partículas del Universo en un instante, se podría predecir su pasado y futuro, ideas que permanecieron vigentes durante mucho tiempo⁷.

No fue sino hasta la década de 1960, que fue firmada el acta de defunción del determinismo.

En 1963, Edward Lorenz estaba trabajando en un sistema de ecuaciones tratando de modelar el comportamiento atmosférico con el objetivo de predecirlo. En ese entonces ya se contaba con computadoras que podían realizar tediosos cálculos y mostrar gráficamente el resultado de sus operaciones.

Con la finalidad de mejorar la gráfica original, Lorenz inventó un refinamiento representacional y dejó correr al sistema mientras salía un momento. Al regresar esperaba encontrar una gráfica que reflejara un comportamiento constante del fenómeno analizado en la corrida que había dejado en marcha. Sin embargo, la gráfica encontrada representaba un comportamiento extraño que se alejaba de sus predicciones. Después de muchas revisiones, al fin comprobó que al buscar un atajo en la corrida había tomado como punto de partida un dato que le había parecido ser insignificante respecto de la corrida anterior. Al reiniciar el experimento había redondea-

⁶ Laplace Pierre Simon, *Essai philosophique sur les probabilités*, Bachelier, Francia, 1814 p.3.

⁷ _____, *Traité du Mécanique Céleste*, Francia, Duprat, 1779.

do números decimales y en lugar de ingresar a la computadora 0,506127, había ingresado 0,506.

El resultado de la gráfica mostraba algo que chocaba con las ideas deterministas: una pequeñísima modificación en las condiciones iniciales del sistema había generado un comportamiento diferente. La imagen semejante a la de una mariposa es la gráfica de lo que hoy se conoce como el atractor de Lorenz, ícono de la teoría del caos.

Las consecuencias filosóficas del descubrimiento de Lorenz resultaron de una enorme trascendencia. Por un lado derrotaba por contra-ejemplificación la generalización Newton-Laplace, conforma a la cual es posible reproducir con precisión absoluta las condiciones iniciales de cualquier experimento exitoso y replicarlo con exactitud. A esta razón habría que agregar posteriormente la imposibilidad de hacer mediciones absolutamente precisas de los sistemas “reales” por razones físicas pero, además porque ello requeriría el empleo de números irracionales (de los cuales es un ejemplo el número Pi) que se caracterizan por decimales infinitos no periódicos.⁸

En conclusión: ya no era posible sostener con alcance general y universal el presupuesto sobre el que se había fundado la ciencia y la creencia en su capacidad para generar leyes con validez absoluta e intemporal que permitieran determinar con precisión el comportamiento del mundo.

Con esto nacía el concepto de sistema caótico el cual no denota un comportamiento anárquico como se suele creer normalmente, sino a todo sistema que satisfaga la propiedad de “dependencia sensitiva a las condiciones iniciales”, la cual, en sentido estricto, está presente en prácticamente todo sistema⁹ dinámico.

Las consecuencias de este descubrimiento no únicamente fueron relevantes para las ciencias de la naturaleza. En el terreno de las ciencias sociales abrió la puerta para repensar su objeto de estudio sin la histórica obsesión por equipararse al paradigma determinista de las llamadas “ciencias duras”. Paradójicamente y en retrospectiva histórica, resultó que la supuesta diferencia entre los problemas de las ciencias naturales y los sociales era resultado de una simplificación de los primeros.

⁸ Para una demostración gráfica del atractor de Lorenz animada Ver, http://www.youtube.com/watch?v=8z_tSVeEFTA. Ahí se podrá observar en colores distintos dos diferentes trayectorias correspondientes a la solución del sistema de ecuaciones, cuyo comportamiento gráfico en coordenadas se puede ver a la derecha de la gráfica del atractor, así como la manera en que ambas trayectorias van divergiendo con el transcurso del tiempo.

⁹ Sobre la historia del atractor de Lorenz puede consultar Ver, Gleick, James, *CAOS. La creación de una ciencia*, trad. Juan Antonio Gutiérrez-Larraya, 2ª Edición, España, Seix Barral, 1994, particularmente el capítulo segundo.

Dicho en otras palabras, la física brindaba la posibilidad de estudiar a los fenómenos sociales sin las restricciones que ella misma había impuesto con el modelo mecanicista. Un acto de liberación epistémica del que el derecho no puede quedar al margen.

B. *Constructivismo jurídico*

Como se ha señalado, los supuestos epistemológicos sobre los que se sustenta la teoría jurídica y nuestras concepciones del derecho: la epistemología especulativa (isnaturalismo) y la empirista (positivismo jurídico) han sido derrumbados. Con ello y al igual que sucede en otras áreas del conocimiento es necesario encontrar un nuevo punto de partida. Denoto con el término ‘constructivismo jurídico’ al enfoque, o *weltanschauung* que sirve de soporte a un programa de investigación cuyo objetivo principal es repensar al derecho desde ese nuevo inicio. Su objetivo es explicar la manera en que el derecho positivo y la teoría jurídica inciden en los procesos de construcción social de la realidad a través de agentes (individuos) e instituciones, mediante una integración de los avances producidos en las ciencias cognitivas y la teoría de los sistemas complejos. A pesar de que en buena medida constituye un enfoque conceptual, eleva sus propuestas a exigencias de naturalización filosófica, es decir, ser una continuación de los resultados obtenidos en la investigación científica. Algunos de los conceptos tanto de las ciencias cognitivas como de las ciencias de la complejidad integrados al constructivismo jurídico requeridos para dar seguimiento al resto de este escrito son expuestos de manera muy simplificada a continuación.

a. *Conceptos de las ciencias cognitivas*

1) Agente: toda entidad que posee propiedades cognitivas. En diferentes escalas puede denotar a individuos, o a sistemas o redes de individuos involucrados en procesos de cognición grupal. Por ejemplo, los procesos de deliberación en los congresos.

2) Cognición corporeizada: tesis que sostiene que la cognición no ocurre únicamente dentro de la fría caja de la bóveda craneal, sino que involucra al organismo completo. Mucho trabajo experimental muestra que mucha de la sistematización cognoscitiva ocurre sin control consciente.

3) Cognición situada: tesis conforme a la cual la cognición corporeizada de los agentes se genera, opera y se adapta en función de su interacción con el entorno.

4) Modelo mental: término usado por primera vez por Kenneth Craik en 1943.¹⁰

Denota a las representaciones mentales generadas a partir de procesamiento cognitivo de información sobre lo que es al caso en el mundo real, o mundos posibles. En términos wittgenteinianos existen tantos tipos de modelos mentales como juegos del lenguaje. En términos wittgenteinianos existen tantos tipos de modelos mentales como juegos del lenguaje. Por ejemplo, nuestra representación del *big bang*, de la catedral de *Notre Dame*, de *Howards*, o del estado de cosas que correspondería a la realidad social si se introdujeran ciertas reformas a la constitución.

En el ámbito jurídico son modelos mentales tanto las teorías filosóficas jurídicas, como las dogmáticas. A nivel de la pragmática los modelos mentales de los operadores jurídicos son adecuadamente representados en una red neuronal multicapa: 1) una que opera como matriz básica corresponde al pensamiento común (teorías implícitas, sentido común, representaciones sociales espurias, etc); 2) una capa para la narrativa de los casos jurídicos; 3) una capa para los constructos normativos; 4) una capa para las teorías dogmáticas y 5) una capa para la teoría del derecho.

En términos de procesos cognitivos básicos superiores los modelos mentales jurídicos son representaciones mentales que emergen en la memoria de trabajo y son generados a partir de las reglas de procesamiento de la información propios de la profesión jurídica. Por ejemplo, los métodos de interpretación normativa¹¹.

5) Insumo cognitivo: información empleada para el procesamiento cognitivo, generalmente proveniente del “exterior” del agente. Por ejemplo, el valor de una variable, un contra-argumento.

6) Artefacto cultural: modelo mental surgido en un contexto cultural determinado, con cierta utilidad para la forma de vida de la comunidad. Por ejemplo, el lenguaje que es útil para la comunicación o las normas jurídicas para la convivencia social.

7) Artefacto epistémico: clase de modelo cultural útil para conocer algún aspecto del mundo. Por ejemplo una ecuación, un mapa o un diagrama.

¹⁰ Kenneth Craik, *The Nature of Explanation*, Cambridge University Press, 1943.

¹¹ Cáceres, Enrique., “Steps towards a Constructivist and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition” *Law and Neuroscience*, Ed. Freeman, Michael, Inglaterra, Oxford University Press, 2010.

b. Conceptos de la ciencias de la complejidad: sistemas y redes complejas

1) Sistema complejo: sistema dinámico y evolutivo, entre cuyas propiedades se encuentran:

A. Autoorganizatividad: significa que la estructura y dinámica del sistema surge de la interacción natural de los elementos del sistema y no por virtud de un elemento de control central. Por ejemplo, la organización social de las colonias de hormigas.

B. Emergencia: consiste en el surgimiento de un sistema S2 a partir de un sistema S1, con propiedades en S2 que no pueden rastrearse en S1. Por ejemplo, la inteligencia colectiva surgida de la autoorganizatividad de una colonia de hormigas, o la desaparición de la toxicidad del cloruro y el sodio en la sal, cuando cada uno de ellos es tóxico si se les considera por separado.

C. Subemergencia: dinámica de un sistema complejo durante el proceso de autoorganización previo a una emergencia.

D. Espacio de fases: dimensión dentro de la cual pueden tener lugar el conjunto de estados posibles de un sistema.

E. Transición de espacio de fases: paso de un espacio de fase F1 a un espacio de fase F2, generalmente producto de una emergencia.

F. Turbulencia: estado de desequilibrio en un sistema provocado por la incidencia de un nuevo factor que interactúa con él. Por ejemplo, introducir un agitador eléctrico en un recipiente con dos pinturas distintas a efecto de mezclarlas.

G. Umbral de nucleación: gradiente dentro del cual pueden ocurrir fluctuaciones entre elementos de un sistema sin que ocurra propagación. Por ejemplo, el intercambio de información que se mantiene entre dos personas que mantienen un secreto, sin que se propague como rumor.

H. Atractor: (en forma muy aproximada), denota al punto al que tiende la evolución de los estados de un sistema complejo dentro de su espacio de fases, independientemente de cuáles sean sus condiciones iniciales. En algún sentido corresponde a la tendencia autoorganizativa del sistema. Por ejemplo, la disolución de granos de café soluble en el agua caliente.

I. Autopoiesis: denota la propiedad de todo sistema (particularmente biológico) consistente en reproducirse a sí mismo. Aquí lo usaremos en un sentido débil para hacer referencia a las reglas del sistema normativo que regulan los procesos de creación de las reglas del propio sistema.

J. Heterogeneidad: significa que el sistema está constituido por elementos e incluso subsistemas de clases muy diferentes. En el caso de subsistemas, cada uno puede tener su propia dinámica, escalas y tiempos diferentes,

pero interactuantes con el resto de los elementos del sistema global. El ejemplo más claro es nuestro propio organismo.

K. Coevolución: propiedad de dos o más sistemas de cuya interacción se siguen transformaciones con influencia recíproca. Por ejemplo, los sistemas presa-depredador. A más depredadores, menos presas, pero llegado un punto de disminución de las presas ocurre una disminución de depredadores con el consiguiente incremento de las presas.

L. Control oblicuo: denota una estrategia de intervención consistente en producir una o más turbulencias en un sistema, con la finalidad de inducir un proceso autoorganizativo que lleve a un nuevo estado o a una transición de su espacio de fases. Por ejemplo, una vacuna.

M. Codependencia o codefinición: significa que cada uno de los elementos del sistema es determinado por el sistema global y viceversa.

2) *Redes complejas:* clase de sistema complejo constituido por un conjunto de elementos conectados e interactuantes entre sí. A los elementos conectados se les conoce con el término ‘nodo’ y a las relaciones ‘conectores’. Una propiedad de estas redes es que no poseen una conectividad característica. Son ejemplos de redes complejas: dos páginas web unidas por un hipervínculo, dos personas si han tenido relaciones sexuales, dos actores si han intervenido al menos en una película. En redes sociales, a los nodos se les denota con ‘agentes’. En el presente trabajo se consideran como agentes fundamentalmente a diversas clases de operadores jurídicos. Desde otro punto de vista, también son nodos de una red las normas que se usan como fundamento en diversos argumentos y el resto de las proposiciones de los argumentos en cuestión. En este trabajo dichos fundamentos pueden provenir de normas (insumos cognitivos) no generadas a partir de las reglas de reconocimiento tradicionales del sistema jurídico que las adopta.

Algunas propiedades de las redes complejas son:

A. Vector: en este trabajo denota a un conector con cierta “fuerza” de impacto en la topología o dinámica de una red, susceptible de ser incrementada o disminuida por otros vectores. Por ejemplo, una sentencia nacional en materia de derechos humanos es un vector que apunta a un incremento en la protección de esos derechos. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también serían vectores que apuntan en la misma dirección.

B. Hub: denota a un nodo con muchas conexiones, o, como también se dice, con “alta densidad de conectividad”.

C. Leyes de libre escala y de potencia: se dice de una red compleja que es libre de escala cuando contiene nodos que crecen de manera directamente proporcional a su densidad de conexión. Es decir, que mientras más

conexiones tenga, más conectará con los demás nodos de la red. Lo que se ha observado es que en redes de este tipo, unos cuantos nodos son los que determinan de manera fundamental tanto la topología como la dinámica de la red. Por ejemplo, es de suponerse que una decisión de la Corte Interamericana altamente citada obtenga más citas a nivel global.

c. Conceptos de filosofía del lenguaje.

John Searle distingue entre reglas regulativas y reglas constitutivas, hechos brutos y hechos institucionales. Las reglas regulativas son aquellas que norman una conducta o evento cuya existencia no depende de una regla. A dichas conductas o eventos se les refiere con el término ‘hecho bruto’. Las reglas constitutivas son aquellas que crean o constituyen hechos posibles en el mundo cuya existencia depende de la regla. A estos hechos se les denota con la expresión ‘hechos institucionales’. Por ejemplo, los hechos ajedrecísticos son hechos institucionales que sólo pueden existir en el mundo por las reglas del ajedrez que los constituyeron¹².

En este trabajo asumo que las reglas jurídicas son clases de reglas constitutivas y que los hechos jurídicos son clases de hechos institucionales. Por ejemplo, un hecho correspondiente al delito de evasión fiscal al pago del impuesto sobre la renta sólo existe en el mundo en tanto que una norma jurídica lo constituyó.

d. Conceptos de teoría analítica del derecho: Ámbito óptico-práctico.

Robles desarrolla un modelo del derecho a partir de su comparación con los juegos. Para este autor, hay distintas clases de reglas que crean las condiciones que hacen posible la existencia de todo juego y todo derecho. En un nivel de abstracción superior, este autor establece que tanto el derecho como los juegos son generadores de lo que llama “ámbitos óptico-prácticos”. En una interpretación desde el marco de referencia de Searle un ámbito óptico práctico es el conjunto de hechos institucionales que pueden ser al caso en el mundo a partir de distintas clases de reglas constitutivas. Los elementos constitutivos de un ámbito óptico práctico (de aquí en adelante simplemente ‘ámbito’ o ámbitos óptico-prácticos estatales) en general corresponden a los ámbitos clásicos de la teoría jurídica: espacio, tiempo, sujetos, conductas, competencias. Cada uno de ellos es generado por re-

¹² Searle, John, *Actos de habla*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1980.

glas diferentes (reglas constitutivas de sujetos, de espacio, tiempo, etc). Las conductas pueden ser generadas por reglas técnico convencionales que en algún sentido cumplen una función semejante a las secundarias de Hart y a las anakásticas de von Wright. Su estructura es bicondicional y se pueden expresar: “si quieres que sea el caso que A, entonces tienes (necesariamente) que B”. Serían una reformulación en clave prescriptiva de una aseverativa que afirma “Sí y sólo si A, entonces B”. Son ejemplos de ellas las reglas de validez de los actos jurídicos e incluyen a las reglas de producción normativa o autopoieticas en el sentido usado en este trabajo. Las demás reglas de conducta corresponden a las normas jurídicas calificadas con los operadores deonticos tradicionales (obligatorio, prohibido y permitido).

Cuando en este trabajo emplee la expresión ámbito óntico-práctico, me estaré refiriendo a un Estado, generado a partir de la función constitutiva de una constitución.¹³

IV. DESARROLLO: PLURALIDAD DE MODELOS EXPLICATIVOS DE LA CONSTITUCIÓN EN LA GLOBALIZACIÓN

A. *El concepto de ‘constitución’ desde una perspectiva evolutiva*

No se puede analizar al concepto de ‘constitución’ desde una perspectiva ontológica clásica. No hay algo que sea el concepto de constitución “dado” susceptible de ser analizado como a las bacterias. Lo único que podemos hacer es estudiarlo en tanto constructo cognitivo en proceso de reconfiguración. El enfoque desde el que se realizará el análisis corresponde al constructivismo jurídico. En consonancia con la propiedad “heterogénea” de los sistemas complejos, el análisis comprenderá cuatro categorías de análisis coherentemente conectadas: 1) la normativa (constitutividad de las reglas), 2) la de los hechos jurídicos institucionales constituidos, 3) la del impacto de las normas en los modelos mentales de los agentes, y 4) la dinámica social emergente de las interacciones entre dichos agentes (considerados tanto como individuos como instituciones) y su interacción con la sociedad civil de donde emerge la realidad social. Por razones de espacio no es posible explicitarlos en la exposición, pero su identificación implícita no debe ser difícil.

También consideraré al concepto de ‘constitución’ como un sistema evolutivo, que analizaré desde una perspectiva diacrónica con dos cortes

¹³ Robles, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, España, Universidad Palma de Mallorca, 1982.

sincrónicos: El primero corresponde a ‘constitución’ en sentido clásico y el segundo a ‘constitución’ en la era de la globalización.

B. *‘Constitución’ en sentido clásico desde una perspectiva constructivista*

Para el constructivismo jurídico, ‘constitución’ en sentido clásico denota a un artefacto cultural que consiste en un sistema de reglas constitutivas de los elementos necesarios para tener un óntico-práctico estatal. Dichos elementos son: el espacio, el tiempo inicial del ámbito, las reglas técnicas de producción normativa (autopoiéticas) y los agentes o sujetos, individuales o institucionales competentes para la aplicación de dichas reglas autopoiéticas que en términos hartianos, corresponden a reglas de cambio.

Las reglas constitucionales, además de contener la propiedad autopoiética del sistema, actúan como restrictores del contenido de las normas generadas por los agentes competentes para la producción normativa (constitucionalidad e inconstitucionalidad de las normas) y poseen una propiedad derrotante con respecto a aquellas con las que entre en contradicción (inconstitucionalidad). En términos de conectividad, las reglas constitucionales son nodos de estructura jerárquica superior respecto de las demás, con conectores dirigidos en relaciones de supra a subordinación.

El conjunto de las reglas producidas a partir de las reglas autopoiéticas constituyen a los diferentes hechos jurídicos institucionales que pueden tener lugar en el sistema en cuestión. Es decir son las reglas reconocidas como parte del sistema a partir de la o las reglas de reconocimiento del mismo.

Con respecto a las reglas de adjudicación, el sistema constituido contiene las reglas que los funcionarios usan para fundamentar sus argumentos.

En tanto red compleja (el derecho como sistema de normas), la constitución es un *Hub* del sistema con densidad de conectividad exhaustiva en relaciones de sub a supraordinación ya que todas las demás normas del sistema se conducen a ella. En algún sentido es en dicha conectividad que radica la identidad del sistema.

Por otra parte, el sistema normativo generado a partir de la constitución satisface una ley de potencia: Es un nodo del sistema que tiene influencia decisiva en la en figuración del resto de la red.

La tendencia a la constitucionalidad de las normas es el atractor que conduce el comportamiento autoorganizativo del sistema normativo.

A nivel de hechos jurídicos institucionales, las reglas del sistema generadas en congruencia con las reglas constitucionales (propiedad restrictiva de contenidos) crean a los agentes o sujetos, así como sus conexiones posi-

bles dentro del ámbito óntico-práctico estatal. Por ejemplo, “comprador”-“vendedor”; “contribuyente”-“fisco”; “arrendador”-“arrendatario”, etc.

Dichas reglas también son constitutivas de agentes en una escala superior correspondientes a instituciones legales (la Suprema Corte de Justicia, la Secretaría de Gobernación, etc) dentro de las cuales emergen distintas clases redes sociales dentro de las que juegan un papel importante las redes de poder.

A una escala aún superior, dichas instituciones son susceptibles de conectividad interinstitucional y de dar lugar a la configuración de nuevas redes complejas.

Los modelos mentales jurídicos de los agentes referidos pueden ser de dos clases fundamentales: modelos mentales de sujetos susceptibles de generar cambios en el sistema global y que corresponden a funcionarios (jueces, fiscales, etc) y modelos mentales de operadores jurídicos simples (notarios, abogados, consultores, etc). En interacción con estos agentes se encuentra la sociedad civil con modelos mentales comunes o no jurídicos.

De la interacción autoorganizativa de los agentes constituidos por el sistema (funcionarios y no funcionarios) emerge la forma de vida que caracteriza a la realidad social del ámbito en cuestión.

Algunas normas constitucionales de tipo técnicas o deónticas constituyen las condiciones básicas del equilibrio del sistema mediante: a) La protección fundamental a los agentes del sistema respecto de interacciones de otros agentes (derechos humanos); b) Las relación entre las instituciones legales públicas entre sí, y c) Las relaciones de esas instituciones con la sociedad civil. Estas reglas incluyen tanto a las reglas de control del poder político, como la participación en el diseño de las estructuras normativas de dichas políticas públicas es decir, reglas de democracia.

Si a nivel proposicional la constitucionalidad de las normas operaba como atractor respecto del contenido de las normas generadas, en el de los hechos jurídicos institucionales, corresponde a la tendencia a actuar de conformidad con lo establecido por el sistema constitucional.

A la dinámica del sistema de interacciones sociales realizadas por los sujetos agentes sociales, como consecuencia del impacto cognitivo del sistema jurídico en su cognición corporeizada y modelos mentales la denotaremos con la expresión: ‘dinámica social constitucional’.

Desde luego, no todas las conductas satisfacen la propiedad de ser constitucionales y corresponden a las conductas ilícitas que pueden tener lugar en el sistema.

Calificar a un estado de ‘constitucional’ denota una dinámica del sistema en el cual las conductas ilícitas corresponden a vectores cuyo compor-

tamiento no supera su umbral de nucleación y por tanto no modifican al atractor 'constitucionalidad', es decir, que se mantiene la dinámica social constitucional. Esto permite que el sistema se mantenga en estado de equilibrio, a pesar de sus tensiones internas. Su espacio de fases tiene lugar en un estado de equilibrio.

Un dato fundamental de este modelo es que, a pesar de que el sistema no se encuentra aislado (hay otros estados e instituciones internacionales), opera como un sistema cerrado o con un grado de apertura mínimo (soberanía).

C. *'Constitución' en época de turbulencias: la globalización*

En estricto sentido ningún sistema es completamente cerrado, esto significa que el estado de equilibrio de todo sistema es codependiente de la estabilidad del entorno. En el primer corte sincrónico se supone el estado de equilibrio del entorno de los ámbitos óptico-prácticos estatales que operan como sistemas semicerrados con una conectividad extrasistémica (derecho internacional).

El proceso evolutivo del estado de cosas uno al dos fue inducido por la emergencia de factores tales como las nuevas tecnologías de la información, la intensificación de intercambios comerciales internacionales y el incremento y accesibilidad de los medios de transporte internacional. Estos cambios modificaron el entorno de los sistemas constitucionales correspondiente a la fase uno y propiciaron la emergencia autoorganizativa de nuevos agentes, sistemas y redes globales. Como si fueran imanes agregados a una mesa donde ya había imanes previos, los nuevos elementos del entorno están atrayendo a los agentes, sistemas y redes preexistentes. Dicho en otros términos, estos nuevos agentes han comenzado a conectarse con los sistemas constitucionales preexistentes generando turbulencias y desestabilización en su estado de equilibrio. Este proceso corresponde a una transición del espacio de fase de la dinámica interna de los sistemas. El resultado está siendo una reconfiguración autoorganizativa tanto funcional como estructural cuya primer consecuencia es el paso de los sistemas estatales de sistemas relativamente cerrados a sistemas abiertos.

En un nivel de escala superior este proceso, replicado en los diferentes sistemas constitucionales, está llevando a una reconfiguración de la dinámica global (gobernanza) misma que, de manera recursiva, contribuye a la reconfiguración de los sistemas modificadores, cuyos cambios inciden nuevamente en el sistema global.

Los nuevos agentes que participan en la reconfiguración global son de clases muy distintas. Entre ellos se puede citar: organismos intergubernamentales, redes de cooperación transgubernamental, organizaciones no gubernamentales, redes transnacionales de actores privados, empresas multinacionales y redes de crimen organizado globalizadas.¹⁴

Las turbulencias generadas por la conectividad e interacción de estos sistemas y redes con los sistemas constitucionales son producidas de maneras diversas, cada una de las cuales, como si se tratara de los ciegos ante el elefante del conocido cuento hindú, han sido objeto de modelados diferentes por los teóricos constitucionales contemporáneos. Cada uno de ellos ha tomado su modelo como El modelo de la totalidad y excluyente de los demás. El estatus de metateoría constitucional de este trabajo se justifica porque pretende “armar al elefante” completo, incluyendo partes del cuerpo no tocadas hasta ahora.

Entre dichos modelos se encuentran los que José María Serna se refiere como los generados a partir de: la incidencia de instituciones de gobernanza global, la internacionalización del derecho constitucional, la constitucionalización del derecho internacional, y el surgimiento de doctrinas tendentes a la coordinación y coherencia normativa.

Si anteriormente la constitución y la constitucionalidad operaban como un sistema cerrado en el que las conexiones eran direccionadas dentro del óntico-práctico estatal, en la nueva situación, ese sistema entra en una codefinición funcional autoorganizativa con los nuevos elementos de su entorno.

Los vectores fundamentales que están produciendo turbulencias e impactando en el cambio de equilibrio de los ámbitos óntico-prácticos estatales son los siguientes: 1) Generación de normas constitucionales definitorias de políticas públicas por interacción con actores no constituidos en el ámbito óntico-práctico estatal (organismos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo monetario internacional, etc); 2) Revisión de decisiones judiciales por instituciones legales no generadas en el ámbito óntico práctico estatal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc); 3) Interacción con instituciones legales internacionales no gubernamentales (ONG's); 4) Incorporación de decisiones de instituciones legales transnacionales de las cuales el sistema en cuestión es un subsistema (Organización de las Naciones Unidas, Unión Europea, etc); 5) Impacto en las normas, instituciones y agentes del sistema generadas por interacción con instituciones y sistemas

¹⁴ Serna, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. Particularmente capítulo quinto, pp. 87-110.

globales con una agenda transnacional ajena a las expectativas de forma de vida de los agentes del sistema estatal (normas generadas a partir de las presiones ejercidas por empresas multinacionales); 6) Incorporación de insumos cognitivos no generados con base en la regla de reconocimiento del sistema (*softlaw*); 7) Modificación de los modelos mentales de los funcionarios públicos por interacción con agentes de la misma clase pertenecientes a otros ámbitos óntico-prácticos estatales (redes internacionales de jueces, de legisladores, etc.).¹⁵

En términos de sistemas y redes complejas, la integración de los ámbitos óntico-prácticos estatales como parte de una dinámica globalizada genera una dinámica de sistemas y redes en conflicto en la que distintos vectores apuntan en direcciones distintas. En términos consecuencialistas, algunos de esos vectores robustecen a los tendentes a hacer emerger o mantener estados que benefician a todos los miembros del ámbito óntico-práctico como parte de su forma de vida, caso particular de los derechos humanos. En ocasiones los sistemas y redes globalizadas actúan como mecanismos correctivos de las desviaciones del ámbito óntico-práctico (Corte Interamericana, ONG's etc.).

Otros suelen generar interferencias u obstáculos respecto de las aspiraciones de los agentes sociales (empresas transnacionales, organismos financieros internacionales, etc.).

En síntesis, en la actualidad los ámbitos óntico-prácticos estatales operan (en mayor o menor medida) como sistemas alejados de su punto de equilibrio.¹⁶

Una característica sumamente importante de este proceso de desestabilización estriba en la alteración de los insumos cognitivos a considerar por parte de los funcionarios encargados de la producción de normas. En el estado de cosas uno (al menos hipotéticamente) las razones a ponderar al momento de diseñar políticas públicas e implementarlas normativamente provenían de la sociedad constituida dentro del ámbito óntico-práctico estatal, es decir, tenían una legitimación democrática. En el estado de cosas dos, las normas incorporadas al sistema no son siempre producto de razones soportadas en las expectativas de los sujetos constituidos por el sistema, sino por agentes, redes instituciones globales que frecuentemente tienen agendas distintas.

¹⁵ *Ibidem*. Fundamentalmente capítulos tercer o cuarto.

¹⁶ Una excelente visión panorámica del derecho en la globalización, con referencia especial a este problema se encuentra en Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-LexisNexis, 2006.

V. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE ‘CONSTITUCIÓN’ EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN (ENSAYO DE UNA CONCLUSIÓN)

Con base en expuesto se sigue que para el constructivismo jurídico actualmente el concepto teórico ‘constitución’ denota a un proceso autoorganizativo en proceso de transición de espacios de fase. Del estado inicial se conservan: Las reglas constitutivas del ámbito óntico-práctico estatal, fundamentalmente las que crean el espacio, el tiempo, las reglas autopoieticas, los sujetos (agentes) encargados de determinar las demás reglas de producción normativa, las instituciones encargadas del diseño e implementación de las políticas públicas (incluidas las de impartición de justicia), las que determinan el control del poder (e incluyen a la participación democrática) y las que establecen la protección a los derechos humanos. Ninguna institución o red exterior produce directamente las leyes internas o crea las instituciones de un Estado.

La interacción autoorganizativa de los ámbitos óntico-prácticos estatales con los agentes que han emergido en su entorno ha traído como consecuencia la incorporación de normas no generadas a partir de las reglas autopoieticas del sistema, pero que cumplen funciones del mismo tipo que las creadas dentro del mismo, e incluso derrotan a las del ámbito mismo en caso de contradicción. Más allá de la producción normativa, la interacción de agentes individuales e instituciones está dando lugar a un proceso sub-emergente en el que está ocurriendo la importación de insumos cognitivos que modifican los modelos mentales de los operadores jurídicos, sus prácticas institucionales, su forma de decidir y las razones en que sustentan la producción normativa, no siempre legitimadas democráticamente.

Esta modificación en la conectividad está alterando la regla de reconocimiento no sólo de las normas constitucionales, sino de los sistemas jurídicos en general. En consecuencia ‘constitución’ ha dejado de denotar al *Hub* exhaustivo del sistema. Sin embargo no deja de ser un *hub* de gran importancia para el nuevo estado de equilibrio de los Estados, aunque ya no sea el único.

Los cambios que están ocurriendo no pueden ser explicados desde una concepción tradicional del derecho basada en la creencia de que el control del sistema se ejerce en un sistema cerrado y en un sentido *top-down*. El proceso de globalización en el derecho no puede ser considerado como *positum*, como algo dado, perceptible por correspondencia en el mundo, ni por tanto describible de manera ingenua. Algo semejante ocurre con el supuesto determinismo entre constitución y configuración del Estado.

El modelo constructivista que se propone aspira a dar cuenta del crucial hecho de que en la actualidad nadie puede aspirar a tener el control absolu-

to de la estructura y funcionamiento de las constituciones, ni de la dinámica constitucional que de ellas deriva, debido a que han pasado a formar parte de un sistema complejo auto organizativo globalizado.

La nueva dinámica impone a los Estados buscar marcos epistémicos distintos para modelar y comprender a ese sistema global y actuar a favor de sus ciudadanos mediante formas de participación acordes con sus expectativas e incidir favorablemente en la construcción social de una realidad global, mediante estrategias de control oblicuo que habrán de ser objeto de estudio en el futuro próximo.

Evidentemente el mundo cambia, pero permanece constante la incesantemente aspiración de los hombres de bien de construir un mundo cada vez mejor, en el que cada vez más seamos uno ante los problemas importantes que nos aquejan a todos.