

DE LA KALOPSIA AL DEMOS CONSTITUCIONAL: ¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN SER CRÍTICA Y TRANSFORMADORA?

FROM KALOPSIA TO CONSTITUTIONAL DEMOS: CAN A CONSTITUTION BE REFLECTIVE AND TRANSFORMATIVE?

DANIEL ANTONIO GARCÍA HUERTA¹

RESUMEN: Este trabajo analiza el fenómeno de expansión constitucional de los derechos humanos desde una perspectiva crítica. Sostiene que si una Constitución pretende generar condiciones de justicia y transformación social, no puede hacerlo únicamente a través del discurso jurídico, sino que requiere de un efectivo involucramiento con instituciones políticas y sociales. A partir de una crítica al modelo liberal de la Constitución, el texto aborda la necesidad de transitar hacia un modelo de constitucionalismo crítico y transformador que permita construir socialmente los derechos y asegurar un mayor impacto por parte de éstos.

PALABRAS CLAVE: *Constitución, derechos humanos, constitucionalismo transformador, constitucionalismo crítico, transformación social, movimientos sociales.*

ABSTRACT: From a critical approach, this paper studies the constitutional expansion of rights. It argues that if a Constitution aims to transform society, it cannot do it just by means of legal discourse. By criticizing the liberal scope of the Constitution, this work also emphasizes the need to advance a critical and transformative model of constitutionalism in order to promote a social construction and a major impact of human rights.

KEYWORDS: *Constitution, human rights, transformative constitutionalism, critical constitutionalism, social transformation, social movements.*

SUMARIO: I. Introducción; II. La kalopsia constitucional: entre normas, símbolos y aspiraciones; III. La constitución material: una aproximación

¹ Estudiante del Doctorado en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) para el desarrollo de esta investigación. <d.garcia1089@comunidad.unam.mx >

normativa liberal-positivista; IV. La constitución simbólica: una ruta legal de las aspiraciones sociales; V. Los derechos a la alza: aproximaciones en torno a un constitucionalismo inflacionario; VI. El demos constitucional: la ruta hacia un constitucionalismo crítico y transformador; VII. Conclusiones; VIII. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el contexto constitucional internacional y, particularmente el latinoamericano, ha experimentado un importante crecimiento en torno al reconocimiento de los derechos humanos². En algunos escenarios, dicho reconocimiento ha estado marcado por una creciente participación y articulación de movimientos sociales³ que, aprovechándose de las posibilidades que ofrece la constitucionalización de la vida cotidiana⁴, procuran la incorporación de demandas sociales en la Constitución con el objetivo de asegurar un resultado transformador de posibles expectativas y realidades resquebrajadas. En algunos otros casos, la proliferación de los derechos humanos y su reconocimiento constitucional se ha visto influenciado por la expansión de postulados vinculados con la generación de condiciones de desarrollo en los Estados y, por tanto, de la articulación de un entramado institucional enfocado en su aseguramiento⁵, mientras que en otros ha sido resultado

² César Rodríguez Garavito, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico* (Siglo XXI, 2011).

³ Charles R. Epp, *The Rights Revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective* (University of Chicago Press, 1998).

⁴ Esteban Restrepo, "Reforma Constitucional y Progreso Social: La Constitucionalización de La Vida Cotidiana; En Colombia." *SELA (Seminario En Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 2002: 2-13.

⁵ Kerry Rittich, "The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social", en David M. Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, 2006.

de una enérgica y vigorosa actividad judicial⁶ o de una mayor interacción entre el derecho internacional y el derecho interno⁷. En cualquier caso, esta ‘era constitucional’⁸ de los derechos no es otra cosa más que la materialización de una creciente tendencia por nombrar cualquier queja o agravio en términos de derechos humanos y, por tanto, por buscar su incorporación en los textos constitucionales⁹ con el objetivo de transformar la realidad social por medio del derecho.

Esta premisa de constitucionalización se ha convertido en la piedra de toque del constitucionalismo moderno, al grado que hoy por hoy es posible apreciar una abrumadora tendencia a incorporar ‘nuevos y viejos derechos’¹⁰ en los textos constitucionales. Así, por ejemplo, hasta hace algunos años el acceso a los servicios de Internet no formaba parte del cuerpo constitucional de muchos países, pero a la fecha ha sido recono-

⁶ Karina Ansolabehere, “More Power, More Rights? The Supreme Court and Society in Mexico”, en Javier Couzo (ed.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, (United States: Cambridge University Press), 78–112. Javier Couzo, “The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics en Latin America”, en Javier Couzo (ed.), *Cultures of Legality*, 141–160.

⁷ Thomas Risse, Stephen C. Ropp, and Kathryn Sikkink. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, 1999. Kathryn Sikkink, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, 2011.

⁸ Dominique Clément, “Human Rights or Social Justice? The Problem of Rights Inflation”, *International Journal of Human Rights* 2987, núm. October (2017): 1–15.

⁹ Brian Orend, *Human Rights: Concept and Context* (Canada: Broadview Press, 2002), 109–10.

¹⁰ Para Francesco Del Canto con la expresión ‘nuevos derechos’ se hace referencia a una de las más relevantes manifestaciones del principios pluralista, que se materializa en reconocimiento y en la protección de situaciones jurídicas subjetivas de reciente afirmación, frecuentemente no reguladas de manera expresa por el derecho positivo, en estrecha colaboración con la exigencia de dar una respuesta a nuevos “desafíos universales”, o bien, a nuevos grupos de interés que asumen relevancia, signo de la evolución de la conciencia social, del progreso científico y tecnológico y de las mismas transformaciones culturales”. Francesco Dal Canto, “Los Nuevos Derechos: Entre la Constitución Italiana y las Cartas Europeas”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 40 (2016): cap. 116.

cido a nivel constitucional por diversos Estados¹¹. Lo mismo sucede con el derecho a un medio ambiente sano, el cual hasta antes de 1972 no contaba con un amplio reconocimiento constitucional, pero a la fecha más de tres cuartas partes de los países del mundo le confieren una posición privilegiada en sus cartas de derechos humanos¹².

Sea como sea, un aspecto medular que se coloca detrás de este fenómeno de reconocimiento expansivo es que la juridificación de los derechos humanos suele venir acompañada de una clase de ilusión constitucional. Es decir, de una fuerte creencia respecto de que su reconocimiento normativo puede impactar positivamente en la transformación de las condiciones socio-políticas y legales de una comunidad. Pese a ello, el devenir del tiempo y las experiencias comparadas han dado pie a una percepción un tanto desalentadora sobre su pretendida eficacia, así como sobre las posibilidades de cambio que los derechos humanos pueden generar en una sociedad¹³ exclusivamente desde una trinchera jurídica.

¹¹ El artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “El Estado garantizará el derecho de acceso a la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet”. Por su parte, el artículo 5A de la Constitución de Grecia dispone que “todas las personas tienen derecho a participar en la Sociedad de la información. El acceso a la información electrónicamente transmitida, así como su producción, intercambio y difusión constituyen obligaciones a cargo del Estado a la luz de las obligaciones previstas en los artículos 9, 9^a Y 19”. Asimismo, el Consejo Constitucional de la República de Francia señaló en la sentencia No. 2009-580 DC que “[la libertad de comunicación y expresión] implica hoy en día, a la vista del desarrollo generalizado de Internet, de su importancia para la participación en la vida democrática y en la expresión de las ideas y de las opiniones, la libertad de acceder a estos servicios de comunicación al público en línea”.

¹² David R. Boyd, *The Status of Constitutional Protection for the Environment in Other Nations*, (David Suzuki Foundation, 2014), 6.

¹³ Kathryn Sikkink, *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century* (United States: Princeton University Press, 2017), 7.

En esta posición de extrema confianza en el derecho existe, no obstante, una tensión inevitable entre lo ideal y lo posible¹⁴; entre el plano normativo y el plano de lo sensible. Si la intención de modificar las condiciones sociopolíticas, legales y económicas de una comunidad se reduce a la emisión de normas y al reconocimiento legal de los derechos, entonces ¿cómo puede explicarse que en muchos contextos aún se experimenten alarmantes situaciones de desigualdad, violencia y violaciones graves a derechos humanos?¹⁵ o lo que es lo mismo ¿por qué pese al extenso reconocimiento constitucional de los derechos humanos, su respeto y aseguramiento continúa siendo una tarea pendiente?

La intención de este trabajo es precisamente analizar este fenómeno de expansión constitucional de los derechos humanos desde una perspectiva crítica. Sostiene que, si una constitución pretende generar condiciones de justicia y transformación social, no puede hacerlo únicamente a través de mandatos ni por medio del discurso jurídico, es decir, a través de la incorporación aislada de los derechos en cuerpos constitucionales. Por el contrario, una labor de tal magnitud requiere necesariamente de un efectivo involucramiento y aproximación con instituciones y estructuras políticas y sociales que incentiven su posterior transformación. De esta manera, una perspectiva normativa en torno a la constitucionalización de los derechos humanos –despojada de otras consideraciones sociológicas y políticas– no resulta más un proyecto defendible, pues en el marco de su implementación intervienen diversos factores que lejos de promover su efectiva materialización en el plano social, pueden llegar a producir esquemas que debilitan

¹⁴ Mauricio García Villegas, “El derecho en América Latina, entre lo ideal y lo posible”, *Letras Libres*, julio de 2016.

¹⁵ Anthony Allott, “The Effectiveness of Laws”, *Valparaiso University Law Review* 15, núm. 2 (1981): 231.

las posibilidades para la participación política y social de la comunidad¹⁶.

El texto se organiza a través de la siguiente estructura. La primera sección esboza una aproximación general a la idea de kalopsia constitucional. Sostiene que su conformación parte de la conjunción entre dos visiones sobre la Constitución. Por un lado, una perspectiva material o instrumental, fuertemente inspirada en un modelo liberal-positivista, que intenta articular no sólo la estructura de las instituciones estatales, sino de la propia realidad política. Y, por el otro, una visión simbólica de la Constitución en tanto mecanismo de recolección de aspiraciones sociales de transformación social que pueden legitimar al Estado y que promueven el proceso de proliferación constitucional de los derechos humanos. Respecto de ambas posturas, el texto analiza los límites y oportunidades que ellas ofrecen para la materialización social de los derechos humanos. La segunda sección de este estudio analiza la naturaleza del ‘constitucionalismo inflacionario’ como una de las nuevas tendencias en la escena constitucional contemporánea. Por último, la sección tercera ofrece algunas pautas teóricas que, mediante el aprovechamiento de dicho fenómeno; de las ventajas de las funciones material y simbólica, así como de otras consideraciones vinculadas con una mayor participación socio-política, podrían derivar en la formulación de un constitucionalismo crítico de orientación transformadora.

¹⁶ Para un análisis detallado sobre estos fenómenos, véase: Daniel Antonio García Huerta, “Legitimación, Concentración y Despolitización. Tres Consecuencias de los Derechos en la Constitución”, en *Entre la Libertad y la Igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, ed. Jorge Cerdio, Pablo De Larrañaga, y Pedro Salazar (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2017), 137-49.

II. LA KALOPSIA CONSTITUCIONAL: ENTRE NORMAS, SÍMBOLOS Y ASPIRACIONES

Cuando quienes estudiamos derecho ingresamos a las primeras clases de teoría constitucional o de introducción al estudio del derecho, es común que asumamos una visión omnipotente de la Constitución. En su mayoría, las y los profesores –fuertemente influenciados por una perspectiva positivista del Derecho– suelen apuntar que el texto constitucional representa la norma fundamental del sistema jurídico; aquella que describe e impone cómo debemos comportarnos y cómo debería de funcionar y estructurarse nuestra sociedad y nuestras instituciones.

Esta imagen e ilusión sobre la Constitución describe lo que en griego se conoce como *kalopsia*: un engaño en el que las cosas aparecen más hermosas de lo que realmente son. No se requiere mucho tiempo para que después de abandonar las aulas las y los estudiantes nos demos cuenta que toda aquella visión sobre la Constitución no es más que una romántica faramalla que dista mucho de la realidad que se nos pone de frente. De pronto, las y los recién egresados nos enfrentamos a un contexto en donde la Constitución no es más que una norma de papel¹⁷ que se caracteriza por su reiterado incumplimiento, o bien, una norma de arcilla cuya maleabilidad le permite adoptar la forma que mejor responda a los intereses de las élites gobernantes.

Esta clase de golpe de realidad refleja la distancia que suele existir entre lo ideal y lo real dentro del mundo del derecho. Los estudios críticos han abordado de manera importante el tema al sostener que en tanto disciplina social el derecho es eminentemente político y, por lo tanto, no puede estar separado de la sociedad ni de su contexto. O en una ruta

¹⁷ Mauricio García-Villegas, ed., *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y DeJusticia, 2009).

más amplia al afirmar que –bajo ciertas condiciones– el derecho y las normas que lo integran pueden ser utilizadas como mecanismos para el desenvolvimiento de escenarios de opresión y discriminación en contra de ciertos grupos y personas como las mujeres, las personas afrodescendientes o las y los migrantes.¹⁸

Bajo este telón, Duncan Kennedy, uno de los principales exponentes de la Escuela Crítica del Derecho en los Estados Unidos, ha considerado que el derecho puede llegar a funcionar como una religión de orden civil. En sus palabras, el derecho en tanto religión “indica que las personas ‘reverencian’ la Constitución (acaso como una emanación del de la deidad democrática de El Pueblo) tanto como reverencian la Biblia como palabra de Dios en la religión dominante; que atribuyen gran poder al derecho, como una especie equivalente del Espíritu Santo, una emanación de la divinidad; que hay un aura de espiritualidad en las discusiones del documento y de los derechos que supuestamente garantiza; que los Constituyentes son como profetas; y que el documento recibe una exégesis de espíritu similar al de la exégesis bíblica”¹⁹.

Las ideas apuntadas por Kennedy trazan una ruta de posibilidad para develar la kalopsia constitucional. Muestran que detrás del derecho se esconde una sólida, pero a la vez ingenua, ilusión sobre las posibilidades con las que éste cuenta para impactar en los escenarios sociales. Dicha ilusión se estructura a partir de tres concepciones dominantes. Por un lado, suele pensarse que (1) el derecho es neutral frente a la política y

¹⁸ Mauricio García-Villegas, ed., *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001); Mauricio García-Villegas, “A Comparison of Sociopolitical Legal Studies”, *The Annual Review of Law and Social Science* 12 (2016): 25–44.

¹⁹ Duncan Kennedy, “El constitucionalismo norteamericano como religión civil. Notas de un ateo”, en *Izquierda y Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Crítica* (Argentina: Siglo XXI, 2010), 127.

que responde únicamente a intereses de ‘justicia’²⁰; por el otro, (2) que la enunciación jurídica de una aspiración es capaz de convertirse automáticamente en realidad; y por último (3) que la sociedad puede ser transformada exclusivamente por la vía del derecho y de sus normas.

Sin embargo, ninguno de los elementos anteriores resulta real. En primer lugar, la ilusión del derecho se resquebraja cuando nos damos cuenta que tanto la formulación del derecho como su aplicación suelen depender de las consideraciones y visiones políticas, así como de la voluntad y de los incentivos políticos que las personas facultadas para ello puedan resistir (sobre este punto el análisis de las cortes y tribunales ha cobrado una mayor relevancia)²¹. También, pierde su fuerza cuando nos percatamos que la incorporación de un derecho humano en la Constitución no necesariamente se traduce en la consecución de los resultados deseados o en el mejoramiento de las condiciones que se pretenden modificar. Y, por último, cuando las personas somos conscientes de que, comúnmente, requerimos algo más que la fuerza de la ley para conseguir resultados transformadores por medio de su enunciación.

¿Cuál es el sustento de la kalopsia constitucional? ¿Qué es lo que alimenta esta ilusión en el derecho? ¿En dónde se encuentran sus bases? Desde la posición sostenida en el presente estudio, la respuesta yace en una particular conceptualización de la Constitución sustentada en una perspectiva liberal que se acompaña de una visión simbólica. La conjunción entre ambas dimensiones termina por producir efectos importantes en la manera de comprender y operar la Constitución y los derechos en ella reconocidos

²⁰ John Hasnas, “The Myth of the Rule of Law”, *Wisconsin Law Review* 199 (1995).

²¹ Jeremy Waldron, “Legal and Political Philosophy”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, y Scott J. Shapiro (United States: Oxford University Press, 2004), 352–82; Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, y Gregory A. Caldeira, “The Study of Law and Politics”, en *The Oxford Handbook of Law and Politics*, ed. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, y Gregory A. Caldeira (United States: Oxford University Press, 2008), 3–17.

III. LA CONSTITUCIÓN MATERIAL: UNA APROXIMACIÓN NORMATIVA LIBERAL-POSITIVISTA

La creciente tendencia por constitucionalizar los derechos hace parte de una funcionalidad material de la Constitución basada en un enfoque liberal-positivista del derecho que arroja una luz particular tanto para el entendimiento de la Constitución, como de los propios derechos humanos. En el primer caso, esta perspectiva ubica a la primera como un acuerdo supremo que prescribe la manera en que una sociedad debe conducirse. Y a los segundos como principios abstractos que deben permanecer fuera del alcance de las voluntades populares. Es decir, representan ‘cartas de triunfo’ oponibles frente a las tentaciones mayoritarias²², como desafortunadamente suele entenderse lo popular.

La conceptualización de los derechos como cartas de triunfo en la Constitución, no obstante, puede llegar a ser problemática y traer consigo importantes consecuencias teóricas y prácticas. Desde una dimensión estrictamente jurídica, dicha concepción material puede limitar la perspectiva constitucional a un enfoque normativo enfocado exclusivamente en la incorporación de tales derechos en la Constitución, y dejar de lado otros análisis relevantes como los de funcionalidad y efectividad. Si bien es cierto que existen algunas teorías positivistas del derecho y de la Constitución que dedican esfuerzos considerables a analizar la eficacia de las normas, lo cierto es que tales corrientes suelen centrar sus análisis en la eficacia como aplicación o cumplimiento de tales normas, pero no

²² Para Ronald Dworkin, los derechos (*individual rights*) representan triunfos políticos pertenecientes a los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, un interés colectivo no representa una justificación suficiente para negarles lo que ellos desean hacer o no hacer, o cuando no existe una justificación lo suficientemente sólida para imponerles un pérdida o lesión a sus intereses. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1978), 16. Traducción propia.

precisamente en el aseguramiento o consecución material de los fines que persiguen. Desde este punto de vista, el concepto de eficacia guarda una relación estrecha con el desenvolvimiento de un Estado de Derecho en donde la observancia y la primacía de las normas y principios que lo estructuran surge como una característica principal e indispensable para su existencia²³.

Por otro lado, desde algunas otras dimensiones como la política y la social, tal conceptualización puede llegar a minar la participación social y el propio desarrollo emancipatorio de los derechos humanos. Ello es así ya que el análisis, interpretación y garantía de éstos suele quedar condensado en un monopolio estatal de difícil acceso para las y los ciudadanos. Si bien algunas miradas podrían apuntar que el reconocimiento constitucional de los derechos humanos puede promover esquemas de movilización social en torno a su aseguramiento, también es cierto que la necesidad de emprender tales actos de exigibilidad parte de un presupuesto vinculado con el incumplimiento y falencia del derecho para asegurar su propio cumplimiento.

En palabras de David Sánchez Rubio, cuando ello sucede “los derechos humanos aparecen como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación. Las garantías se reducen a lo jurídico-estatal, bien a través de políticas públicas o por medio de sentencias judiciales y se piensa que el derecho estatal es la única instancia salvadora de la insociabilidad humana. Se deslegitima, así, la capacidad de la sociedad civil o pueblo para implementar sus propios sistemas de garantías que, dentro o fuera del marco legal, protegen y defienden derechos históricamente conquistados pero debilitados por

²³ Andrea Greppi, “Eficacia”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3 (2012): 151; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (United States: Cambridge University Press, 2004), 92.

diversas circunstancias y nuevos derechos que el orden político y económico no los quieren reconocer, por la amenaza que suponen para el orden de poder establecido”²⁴.

Boaventura de Sousa Santos ha expresado una idea similar al precisar que “cuando, a partir de mediados del siglo XIX, el discurso de los derechos humanos se separó de la tradición revolucionaria, pasó a ser concebido como una gramática despolitizada de la transformación social, una especie de antipolítica. Los derechos humanos fueron subsumidos en el derecho del Estado y el Estado asumió el monopolio de la producción de la ley y la administración de la justicia”²⁵.

Lo anterior se relaciona con uno de los principales problemas del entendimiento liberal-positivista del binomio derechos-constitución. Es decir, de su apreciación del sistema jurídico como un elemento coherente y bien organizado que funciona casi en una simetría perfecta entre lo ideal y lo real por medio de su pretendida autorrealización. Esto es, cuando algunas corrientes teóricas adscritas a este enfoque sostienen que los derechos humanos, al incorporarse en la Constitución, adquieren el carácter de principios fundamentales que determinan la validez de otras normas y el alcance democrático de la comunidad política, sostienen también que la Constitución debe ser entendida como la norma de normas; aquélla que determina lo que puede y debe discutirse dentro del Estado. Este tipo de posturas han sido ampliamente sostenidas y debatidas por otros autores, por lo que no son objeto de análisis de este trabajo. Basta decir que para esta visión los derechos humanos en la Constitución representan aquellos postulados esenciales que dan sostén al sistema jurídico y

²⁴ David Sánchez-Rubio, “Derechos Humanos Constituyentes, Luchas Sociales y Cotidianas e Historización”, *Revista del Cíen Tramas/Maepova* 3 (2014): 89.

²⁵ Boaventura De Sousa Santos, *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo* (Bogotá: DeJusticia, 2014), 28.

político de una comunidad²⁶.

Esta premisa que respalda a la Constitución como norma fundamental que *idealmente* debe performar tanto los elementos esenciales del sistema político y legal, así como los mecanismos institucionales para su cumplimiento y garantía representa, precisamente, su función instrumental o material²⁷. Ello es así en la medida en que, al reconocer derechos humanos en ella, la Constitución los asume como mandatos²⁸ que, al tener que ser obedecidos y aplicados en tanto manifestación pública del poder soberano, ordenan y determinan no sólo la estructuración del sistema y la posible distribución del poder político, sino también la conformación de una determinada realidad socio-política²⁹ que “debería ser” como lo ordena el derecho. Es decir, bajo este enfoque, una Constitución representa un conjunto de órdenes que conceptualiza a los derechos humanos como normas que dictan no sólo lo que las autoridades deben hacer, sino lo que los individuos deben esperar, observar y atender, con independencia de que se asegure el cumplimiento material de sus objetivos.

La consecuencia más evidente de este enfoque es, quizás, la juridificación de los derechos como normas constitucionales y por tanto su incorporación en el escenario legal de la comunidad. Sin embargo, esta posición trae consigo consecuencias más amplias para el constitucionalismo pues, desde una mirada más puntual, reduce el entendimiento cons-

²⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 254. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011): 15-53; Luigi Ferrajoli, “El Derecho como Sistema de Garantías”, en *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil* (Trotta, 2004).

²⁷ Carole Smith, “The Sovereign State v Foucault: Law and Disciplinary Power”, *Sociological Review* 48, núm. 2 (2000): 285-86.

²⁸ Carl Schmitt, *Constitutional Theory, e-Duke books scholarly collection*, 2008, 62.

²⁹ Ernest A. Young, “The Constitution Outside the Constitution”, *Yale Law Journal* 117, núm. 3 (2007): 416-26; Ernest A. Young, “The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 10, núm. 2 (2007): 399-412.

tucional a una cuestión jurídica y normativa de carácter interno³⁰ que,

³⁰ Martin Loughlin, “What is Constitutionalisation?”, en *The Twilight of Constitutionalism?*, ed. Petra Dobner y Martin Loughlin (United Kingdom: Oxford University Press, 2010), 47-72; Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (United Kingdom: Oxford University Press, 2010); Julian Arato, “Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations”, *International Journal of Constitutional Law* 10, núm. 3 (2012): 627-59; Dieter Grimm, “The Constitution in the Process of Denationalization”, *Constellations* 12, núm. 4 (2005): 447-63.”title”:”What is Constitutionalisation?”,”type”:”chapter”,”uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=0f9708d4-f14f-415b-852f-15e711e227fe”]},{“id”:”ITEM-2”,”itemData”:{“abstract”:”This book offers an account of the formation of the discipline of public law with a view to identifying its essential character, explaining its particular modes of operation, and specifying its unique task. Public law is conceived broadly as a type of law that comes into existence as a consequence of the secularization, rationalization, and positivization of the medieval idea of fundamental law. Formed as a result of the changes that give birth to the modern state, public law establishes the authority and legitimacy of modern governmental ordering. Public law today is a universal phenomenon, but its origins are European. Part I of the book examines the conditions of its formation, showing how much the concept borrowed from the refined debates of medieval jurists. Part II then examines the nature of public law. Drawing on a line of juristic inquiry that developed from the late 16th to the early 19th centuries - extending from Bodin, Althusius, Lipsius, Grotius, Hobbes, Spinoza, Locke, and Pufendorf to the later works of Montesquieu, Rousseau, Kant, Fichte, Smith, and Hegel - it presents an account of public law as a special type of political reason. The remaining three parts unpack the core elements of this concept: state, constitution, and government. By explaining the way that these core elements of state, constitution, and government were shaped respectively by the technological, bourgeois, and disciplinary revolutions of the 16th-19th centuries, public law is revealed to be a subject of considerable ambiguity, complexity, and resilience.”,”author”:[{“dropping-particle”:””,”family”:”Loughlin”,”given”:”Martin”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””}],”id”:”ITEM-2”,”issued”:[{“date-parts”:[{“2010”}]}],”publisher”:”Oxford University Press”,”publisher-place”:”United Kingdom”,”title”:”Foundations of Public Law”,”type”:”book”,”uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=c8fe3dc1-f1d8-4847-a757-dcee3d633a23”]},{“id”:”ITEM-3”,”itemData”:{“abstract”:”This article examines the competences of the UN Security Council under the “constitution” of the United Nations, focusing in particular on its recent innovations in legislation. Certain critics decry Council legislation as unconstitutional, null and void. Apologists retort that the Charter delegates broad power to the Council, and the impugned legislative resolutions fall well within the broad textual limitations on its competence. I propose an approach to constitutional analysis to help cut through this debate, based on distinguishing between two perspectives on the “constitution” of an international organization: the juridical perspective emphasizing the transmission of validity in the creation, interpreta-

en términos de mandato, prescribe qué normas se encuentra jerárquicamente por encima de otras, así como la manera en que debemos pensar y ejercer los derechos humanos, pero sin transitar necesariamente hacia su materialización sustantiva.

Ello tiene su causa en el hecho de que el positivismo jurídico se ha enfocado más en el análisis en torno a la validez y naturaleza del derecho y no tanto en su funcionalidad en el plano social³¹. Tal vez éste sea uno de los puntos más débiles de esta teoría en relación con los derechos humanos: asumirlos como normas jurídicas prescriptivas y esperar su funcionalidad y efectividad como una consecuencia inmediata derivada

tion, and application of legal norms; and the political perspective from which the ordering of power among the constituted bodies may be assessed in terms of legitimacy and justice. Distinguishing between the perspectives illuminates the merits of the arguments on both sides of the debate on the Council's competences. Juridically speaking, it is difficult to argue that the Council's innovations are unconstitutional and void. Yet the political perspective helps explain the critics' discomfort with the Council's expansive innovations; from the latter angle it appears that the Charter's broad, unreviewable, and effectively unamendable delegation of power to the Council yields a deeply flawed constitutional arrangement, entailing systemic risks of hegemonic international law-making and the demise of constitutionalism.”, "author": [{" "dropping-particle": "", "family": "Arato", "given": "Julian", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": "" }], "container-title": "International Journal of Constitutional Law", "id": "ITEM-3", "issue": "3", "issued": {" "date-parts": [["2012"]] }, "page": "627-659", "title": "Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations", "type": "article-journal", "volume": "10"}, "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=56361dcd-a2e2-459c-b1ef-3f3429b9842a"]], { "id": "ITEM-4", "itemData": { "author": [{ "dropping-particle": "", "family": "Grimm", "given": "Dieter", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": "" }], "container-title": "Constellations", "id": "ITEM-4", "issue": "4", "issued": { "date-parts": [["2005"]] }, "page": "447-463", "title": "The Constitution in the Process of Denationalization", "type": "article-journal", "volume": "12"}, "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=12e44e8a-1997-4a99-b584-a3bfa4d4e3d3"]] }, "mendeley": { "formattedCitation": "Martin Loughlin, \"What is Constitutionalisation?\", en <i>The Twilight of Constitutionalism?</i>, ed. Petra Dobner y Martin Loughlin (United Kingdom: Oxford University Press, 2010

³¹ B Z Tamanaha, "Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence", *Oxford Journal of Legal Studies* 21, núm. 1 (2001): 1-32.

de su juridificación. En esta medida, esta visión estrictamente normativa de la Constitución, anclada en una dimensión del positivismo jurídico, opera a través de un «fetichismo legal» que tiende a “ignorar el abismo que separa la aprobación de una ley de su aplicación, (...) posponiendo indefinidamente la confrontación con su falta de aplicación”³². En este punto, si bien el positivismo jurídico puede ofrecer argumentos sólidos para sostener la naturaleza y validez sistémica de los derechos, poco es lo que tiene que decir respecto de su implementación y efectividad en la dinámica social.

No obstante ello, la función material de la Constitución también ofrece algunos aspectos positivos que vale la pena mencionar. En tanto norma suprema, la Constitución permite organizar la distribución normativa e institucional de las autoridades. Es decir, ofrece cierta claridad respecto a las normas que deben regular nuestra conducta, así como a las facultades y prohibiciones que las autoridades deben acatar. Funciona, al menos, como una suerte de referente que genera una clase de sensación de certeza jurídica en tanto es capaz de consolidar un orden al que como sociedad debemos ajustarnos. Así, en tanto pacto, una Constitución cumple la función de “dar orientación básica a ciudadanos y autoridades públicas acerca de cuáles son las reglas del ‘juego del derecho’ y cuáles son las reglas del ‘juego de la democracia’ en una sociedad en particular”³³.

Lo anterior, sin duda, constituye un elemento importante para una Constitución. El orden y la claridad en una sociedad son elementos indispensables para una convivencia armónica. Pero la garantía de los

³² Julieta Lemaitre, “Legal Fetishism: Law, Violence, and Social Movements in Colombia”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 77, núm. 2 (2008): 333.

³³ Francisca Pou Giménez, “Las Ineficacias Legales y Políticas del Híper-Reformismo Constitucional Mexicano”, en *La Dinámica del Cambio Constitucional en México*, ed. José María Serna de la Garza y Isidro de los Santos Olivo (México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018), 400.

derechos y la existencia de condiciones de vida digna y participación democrática también lo son. Así, los principales problemas vinculados con esta perspectiva constitucional no se relacionan exclusivamente con su existencia, sino con su particular predominio. Por un lado, tales problemas pueden surgir cuando pese a la normativización de aspectos esenciales para una comunidad ésta no genera impactos materiales en el escenario social, o bien, cuando el uso excesivo del discurso jurídico se utiliza para restringir la participación socio-política de la comunidad.

IV. LA CONSTITUCIÓN SIMBÓLICA: UNA RUTA LEGAL DE LAS ASPIRACIONES SOCIALES

La funcionalidad de las constituciones que recogen una cantidad importante de derechos humanos en ellas no se agota únicamente en una dimensión jurídica. Por el contrario, también suele trascender a una órbita de naturaleza simbólica o imaginativa que explota su capacidad para idealizar la posibilidad de transformar en un futuro una determinada realidad social por medio del derecho³⁴.

Esta visión sobre la Constitución se inserta en una corriente que puede ser denominada como constitucionalismo simbólico. Para esta perspectiva, la producción de normas constitucionales no se vincula, necesariamente, con su pretendida implementación en el plano social sino

³⁴ Mauricio García Villegas explica esta función señalando que “la relación entre una norma y su ‘puesta en escena’, entre la ley y el bando, sigue siendo una de las mayores dificultades para comprender el sentido social y la realidad del discurso jurídico. El problema radica en que la fuerza reguladora del derecho puede provenir de la imagen que produce la norma o de su implementación, sin que necesariamente estos dos elementos se encuentren en la relación de complementariedad y unidad que la dogmática jurídica supone”. Mauricio García Villegas, *La Eficacia Simbólica del Derecho. Sociología Jurídica del Campo Político en América Latina*, Segunda Ed (Bogotá: IEPRI : DEBATE, 2014), 89.

que adopta la función de un símbolo político destinado a compensar el déficit de maniobra política de los gobiernos, más que a representar normas jurídicas destinadas a limitar el poder o a consagrar los derechos.³⁵

En palabras de Mauricio García Villegas, en estos casos “el sistema jurídico se convierte más en un mecanismo destinado a la legitimación de las políticas públicas que un instrumento de implementación instrumental de dichas políticas. En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política. El déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado se intenta compensar parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación”.³⁶

Este efecto simbólico juega un papel fundamental en la configuración del ideario social sobre los derechos y la propia Constitución. De hecho, se entrelaza con el enfoque liberal-positivista ya analizado. Dado el carácter prescriptivo que se adscribe a la Constitución, cuando colocamos en ella nuestras máximas aspiraciones de protección y desarrollo social, las personas tendemos a creer que tenemos derechos humanos no porque en realidad los tengamos, sino porque la Constitución dice que los tenemos. Al ser la norma ‘fundamental’ del sistema y el referente político que articula a la ‘comunidad’, la fuerza prescriptiva de la Constitución despliega una estrategia de convencimiento y aparente performance social

³⁵ Mauricio García Villegas, “Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia y Cambio Social en América Latina”, *Análisis Político* 25, núm. 75 (2012): 91.

³⁶ Mauricio García-Villegas, “Notas Preliminares para la Caracterización del Derecho en América Latina”, *El Otro Derecho*, núm. 26-27 (2002): 42.

que opera a través de un esquema de dominación legal racional³⁷. Como lo planteó Max Lerner, al final del día “todo pueblo necesita de un tótem y un fetiche; y la Constitución es el nuestro”³⁸.

Este fenómeno es explicado por Bourdieu como una consecuencia de la efectividad simbólica de la coherencia y sistematicidad³⁹ que una Constitución –y en general el derecho– representan. Siguiendo a Bourdieu:

“si no hay duda que el derecho ejerce una eficacia específica, imputable en particular al trabajo de codificación, de puesta en forma y en fórmula, de neutralización y de sistematización que realizan, según las leyes propias de su universo, los profesionales del trabajo simbólico, hay que recordar que esa eficacia, que se define por oposición a la inaplicación pura y simple o a la aplicación fundada sobre la pura coacción, se ejerce en la medida y sólo en la medida, en que el derecho es socialmente reconocido, y encuentra un acuerdo, incluso tácito y parcial, porque el derecho responde, al menos en apariencia, a necesidades e intereses reales”.⁴⁰

De esta manera, incorporar derechos humanos en una Constitución supone el despliegue de una funcionalidad diversa pero completamente útil. Una funcionalidad simbólica “que estructura la imaginación política (...) que proyect[a], mant[iene] y descubr[e] significados en el mundo de los acontecimientos históricos y de las posibilidades políticas”⁴¹. En tanto

³⁷ De acuerdo con Max Weber “la dominación racional descansa en la creencia de la legalidad de ordenaciones instituidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”. Max Weber, *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva* (Fondo de Cultura Económica, 1964), 707.

³⁸ Max Lerner, “Constitution and Court as Symbols”, *The Yale Law Journal* 46, núm. 8 (1937): 1294.

³⁹ Pierre Bourdieu, *On the State : Lectures at the Collège De France, 1989-1992.*, English ed, 2014, 170.

⁴⁰ Pierre Bourdieu, *Poder, Derecho y Clases Sociales* (Desclée De Brouwer, 2001), 205.

⁴¹ Paul W. Kahn, “Una Nueva Perspectiva para el Constitucionalismo Comparado:

comunidades caracterizadas por la finitud de recursos políticos, económicos y sociales, y por la existencia de múltiples demandas por parte de grupos y colectivos diversos, la constitucionalización de los derechos funciona como una poderosa herramienta para construir el imaginario sobre una realidad social deseada, justa e igualitaria; como un receptor de ilusiones sociales y un emisor de promesas legales que, aunque no realizables en un futuro mediano o próximo, al menos se mantendrán vigentes en tanto la Constitución permanezca también vigente.⁴²

En este punto la relación entre la función simbólica y material de una Constitución se aprecia, quizás, de manera más clara respecto a los derechos humanos. En el primer caso, la dimensión simbólica permite estructurar una serie de aspiraciones y promesas sustantivas socialmente deseadas que se colocan en la norma cumbre de una comunidad, proyectando así un rumbo idealizado que se pretende conseguir. Mientras que la función material, por otro lado, surge como una promesa de cumplimiento formal caracterizada por la coerción y obligatoriedad que caracterizan al discurso jurídico por medio del despliegue de normas que mandatan su realización. En síntesis, y de manera relacionada, ambas funciones desempeñan el rol de ladrillos y cemento, respectivamente, que aglutinan los objetivos sociales y políticos que encumbran los derechos humanos, aunque su realización material no siempre impacte en el ámbito real. Como lo diría Rodrigo Uprimny, que las “constituciones

El Análisis Cultural del Estado de Derecho Occidental”, *Revista de Derecho* XXIX, núm. 1 (2016): 228.

⁴² Siguiendo a Pierre Bourdieu “el derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos sociales, la forma que confiere a estas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas, igual a la que tienen los objetos. Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La fuerza del derecho* (Universidad de los Andes, 2000), 198.

tengan vocación normativa y se encuentren llenas de aspiraciones, no ha significado obviamente que sus promesas se hayan realizado”⁴³.

Bajo esta tesitura, siguiendo a Ricardo Sanín Restrepo “es el derecho, la más antigua de las ciencias de las leyes para someter y hacer obedecer, el ‘big bang’ primordial de lo simbólico. El mito es a la vez la fundación y la función de la sociedad, el derecho es la narrativa y el ocultamiento de ese mito primordial. El derecho construye la estructura jerárquica y se sitúa como el elemento divino, el motor inmóvil de la cultura. Así como no hay sujeto sin derecho, la multiplicidad de sujetos o lo social es la fantasía primordial que crea el derecho, la sociedad es entonces el sistema de creencias que sostiene el derecho. El orden de lo dogmático es precisamente la transmisión fundamental del mito social, es su mito atómico.”⁴⁴.

Sin embargo, también cabe una lectura distinta de la función simbólica de la Constitución. De hecho, puede decirse que en esta dimensión de análisis se inscribe una ambigüedad. Por un lado, el simbolismo constitucional puede conducir a la conformación de una clase de ‘tótem constitucional’ que la haga parecer como un elemento trascendental, sagrado e intocable –en los términos religiosos apuntados por Kennedy y Restrepo– y, por consiguiente, que conduzca a su abandono social dada la existencia de una percepción de ineficacia material. Pero, por el otro, también puede ser entendida como un eje de motivación para la movilización social de actores sociales que emprenden luchas por la conse-

⁴³ Rodrigo Uprimny, “Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”, en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI*, ed. César Rodríguez Garavito (Argentina: Siglo XXI, 2011), 133.

⁴⁴ Ricardo Sanín Restrepo, *Teoría Crítica Constitucional* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 108.

cución material de tales aspiraciones. De hecho, como lo apunta García Villegas, “la eficacia simbólica del derecho no excluye la producción jurídica de efectos materiales” que pueden ser alcanzados, no obstante, por vías distintas a su mero reconocimiento constitucional.

En este último enfoque, siguiendo a Claude Levi-Strauss, la eficacia simbólica juega un papel similar al de una ‘manipulación psicológica’. Esta última afirmación no debe entenderse desde un enfoque metafóricamente negativo, sino que debe otorgársele un significado casi literal⁴⁵. A juicio de este autor, tal manipulación permite a las personas en una comunidad, más que resignarse a la existencia de un contexto adverso y fatalista de desigualdad que impacta a la vigencia práctica de sus derechos humanos, comprender el alcance de dicho contexto e imaginar la posibilidad de un panorama distinto⁴⁶.

Es decir, bajo ciertas condiciones, la eficacia simbólica de los derechos humanos permite conceptualizarlos como una clase de relatos que buscan restituir una experiencia real que se presenta, por momentos, como una experiencia de constante pesimismo para transformarlos en una experiencia psicológica de diversa naturaleza. En otras palabras, este tipo de eficacia de los derechos humanos permite modificar su aparente naturaleza en una clase de *mito* que asegura la posibilidad para las personas que integran una comunidad de crear un imaginario positivo, aunque a futuro, capaz de sustituir, al menos en su concepción interna, las condiciones contextuales adversas que se les presentan.

De esta manera, a juicio de Levi-Strauss, la eficacia simbólica, en este caso de los derechos humanos, traza la ruta para articular una relación de los derechos humanos de carácter interno al espíritu o imaginación

⁴⁵ Jesús González, “La eficacia simbólica”, *Trama y fondo*, núm. 26 (2009): 9.

⁴⁶ Claude Levi-Strauss, *Antropología Estructural*, trad. Eliseo Verón, Segunda Re (Barcelona: Paidós, 1974), 216.

de las personas. Se trata, en sus palabras, de una “relación de símbolo a cosa simbolizada o, para emplear el vocabulario de los lingüistas, de significante a significado” que en cualquier caso se efectúa “por medio de símbolos, es decir, de equivalentes significativos del significado, correspondientes a un orden de realidad distinto del de este último”⁴⁷.

Lo anterior supone en cierta medida un escenario positivo para asegurar condiciones de transformación social en tanto que el simbolismo constitucional puede ser capaz de movilizar las emociones y traducirlas en acción. De acuerdo con Manuel Castells “la construcción de significados en la mente humana es una fuente de poder más estable y decisiva [pues] la forma en que pensamos determina el destino de las instituciones, normas y valores que estructuran las sociedades”⁴⁸. Así, “los individuos se muestran más entusiasmados cuando se movilizan por un objetivo que les importa. Esta es la razón por la que el entusiasmo está directamente relacionado con la esperanza. La esperanza proyecta el comportamiento hacia el futuro”⁴⁹.

En síntesis, la articulación de los efectos analizados respecto de las constituciones contemporáneas muestra, por un lado, las limitaciones que caracterizan a este modelo constitucional que tiende a enfrentar problemas sociales de manera poco realista⁵⁰ y, por el otro, da cuenta de otros efectos que la relación entre derechos y constitución pueden presentar en el escenario social y político de una comunidad. Sin embargo, esta funcionalidad constitucional articulada también ha traído importantes consecuencias para el desarrollo del constitucionalismo de las

⁴⁷ Levi-Strauss, 221-24.

⁴⁸ Manuel Castells, *Redes de Indignación y Esperanza*, trad. María Hernández Díaz (Madrid: Alianza Editorial, 2012), 23.

⁴⁹ Castells, 31.

⁵⁰ J. P. Dwyer, “Pathology of Symbolic Legislation”, *Ecology Law Quarterly* 17, núm. 2 (1990): 234.

últimas décadas. El más importante, quizás, es que ha marcado el inicio y desarrollo de una ‘era constitucional’ apoyada por la idea de que la mejor manera de proteger derechos humanos y de satisfacer demandas políticas y sociales es a través del establecimiento de cláusulas constitucionales que las reconozcan.

V. LOS DERECHOS A LA ALZA: APROXIMACIONES EN TORNO A UN CONSTITUCIONALISMO INFLACIONARIO

La articulación de la función material y simbólica de la Constitución ha derivado en un fenómeno de expansión de principios, valores e intereses constitucionalmente reconocidos como derechos humanos⁵¹. Este fenómeno de expansión no es otra cosa más que la materialización de la creciente tendencia a nombrar cualquier queja o agravio en términos de derechos humanos y, por tanto, a buscar su incorporación en los textos constitucionales⁵².

El fenómeno de inflación o proliferación de los derechos humanos ha sido analizado por diversos autores. Para Roberto Gargarella, por ejemplo, la inflación constitucional de los derechos suele caracterizarse por el crecimiento de la sección dogmática de las Constituciones motivado “por las demandas provenientes de activistas en materia de derechos humanos; de organizaciones sociales; o de nuevos grupos de interés, destinados a dar satisfacción a las demandas particulares de algún sector desaventajado dentro de la población”⁵³. Una perspectiva similar la ofre-

⁵¹ Michele Zezza, “El Problema de la Inflación de los Derechos y las Incongruencias de las Teorías Minimalistas”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 23 (2016): 2-12.

⁵² Orend, *Human Rights: Concept and Context*, 109-10.

⁵³ Roberto Gargarella, “Las Amenazas del Constitucionalismo: Constitucionalismo,

ce Dominique Clément para quien la inflación de los derechos puede producirse por medio de la redefinición de derechos existentes, o bien, a través de la reconceptualización de exigencias en términos de derechos. En ambos casos, para Clément la inflación de los derechos encuentra su ruta de materialización a través de la labor interpretativa que realizan los tribunales; de la emisión de leyes por parte de las legislaturas; de los procedimientos de reforma constitucional; de la actividad de las comisiones de derechos humanos, o bien, de la articulación de movimientos políticos que redefinen exigencias sociales en términos de derechos⁵⁴. Otro autor que ha abordado el estudio de este fenómeno es Carl Wellman. Para él, el proceso de inflación de los derechos humanos supone un proceso social complejo que puede traducirse en tres facetas distintas: 1) en el incremento de demandas o exigencias morales que pretenden ser o convertirse en derechos humanos; 2) en la proliferación de nuevos derechos legales, y 3) en el aumento de la utilización del lenguaje de los derechos en el discurso político⁵⁵.

La proliferación de los derechos humanos no ha estado exenta de críticas. Algunas posturas consideran riesgoso este inflacionismo en la medida en que provoca una degradación en el valor de los derechos humanos y promueve un discurso retórico sobre los mismos. Por ejemplo, para Danilo Zolo “es claro que la expansión anómica del repertorio de los derechos fundamentales suscita una incontestable aporía: si todo es fundamental, nada es fundamental”⁵⁶. Por su parte, James Griffin ha sos-

Derechos y Democracia”, en *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, 2001, 1-29.

⁵⁴ Clément, “Human Rights or Social Justice? The Problem of Rights Inflation”.

⁵⁵ Carl Wellman, *The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?* (United States: Westview Press, 1999), 2.

⁵⁶ Tecla Mazzaresse, “Minimalismo de los Derechos: ¿Apología Razonable o Deslegitimación Insidiosa?”, *Ideas & Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del*

tenido que esta presión inflacionaria sobre los derechos ha traído como consecuencia su constante devaluación y que, si bien en cierta medida, ha promovido la ampliación de condiciones de exigencia social, también ha provocado una plétora en el propio discurso de los derechos⁵⁷.

En cualquier caso, tal como lo sostiene Rodolfo Vázquez, esta lógica de proliferación de los derechos humanos “ha operado en el nivel institucional y es un hecho que la lista nominal de derechos, especialmente en el ámbito constitucional, se ha incrementado exponencialmente”⁵⁸. Esta situación cobra mayor claridad en el contexto latinoamericano en donde las constituciones adoptadas durante los últimos años en lo que se considera como el Sur Global han seguido la ruta de un constitucionalismo inflacionario marcado por una incorporación ambiciosa tanto de derechos civiles y políticos, como de derechos económicos, sociales y culturales⁵⁹.

No obstante, lo que descansa detrás de este fenómeno inflacionario es el surgimiento de lo que Martin Loughlin llama una ‘era constitucional’⁶⁰. Un fenómeno caracterizado por el hecho de que cualquier demanda política o social tiende a ser conceptualizada, invariablemente, como una exigencia constitucional. Ello, produce como resultado una aparente necesidad esquizofrénica por constitucionalizar las demandas sociales y políticas de la comunidad bajo un paraguas normativo que promete su efectivo aseguramiento.

Derecho, núm. 5 (2005): 47.

⁵⁷ James Griffin, *On Human Rights* (United States: Oxford University Press, 2008), 92.

⁵⁸ Rodolfo Vázquez, “¿Inflación o deflación de derechos?”, en *Lenguaje, Mente y Moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, ed. Gustavo Ortíz Millán y Juan Antonio Cruz Parceros (Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2015), 152.

⁵⁹ Rodríguez Garavito, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico*.

⁶⁰ Martin Loughlin, “The Constitutional Imagination”, *The Modern Law Review* 78, núm. 1 (2015): 2.

El constitucionalismo inflacionario surge, entonces, como un proceso articulado entre la función material y simbólica de una constitución. Como un punto medio entre el camino trazado por los ideales sociales y las posibilidades institucionales. La creciente tendencia por constitucionalizar los derechos no representa un fenómeno aislado o casual, sino que forma parte de una respuesta limitada pero plausible para satisfacer las expectativas de eficacia de una estructura estatal.

Ello, no obstante, no necesariamente representa un aspecto positivo. Tener más derechos en la constitución no garantiza tener sociedades más justas o menos desiguales. Por el contrario, el crecimiento de este proceso inflacionario de los derechos en la constitución puede generar como consecuencia el incremento de visiones de mayor desasosiego y escepticismo social⁶¹ que, lejos de incentivar su efectiva implementación tiendan a su inminente abandono. Esta última es, quizás, una de las consecuencias más graves del proceso de inflación constitucional: el secuestro y privación de las posibilidades sociales para la apropiación, deliberación y ejercicio colectivo de los derechos humanos. ¿Cómo evitar que tales situaciones sucedan? ¿Es posible construir un modelo constitucional en el que el reconocimiento de los derechos no constituya una mera aspiración de cambio? ¿Puede una Constitución con sus derechos transformar nuestras realidades?

⁶¹ Marta Cartabia, “La Edad de los Nuevos Derechos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 81 (2011): 65.

VI. EL DEMOS CONSTITUCIONAL: LA RUTA HACIA UN CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO Y TRANSFORMADOR

En una perspectiva social los derechos humanos son sólo funcionales en la medida en que representan elementos prácticos y reales para la protección contra riesgos sociales o políticos⁶². Sin embargo, bajo ciertas condiciones, el constitucionalismo inflacionario puede hacer que tal funcionalidad resulte una labor poco viable. Bajo la arquitectura constitucional descrita en las secciones anteriores, los derechos humanos son conceptualizados como principios aspiracionales con un muy reducido alcance de transformación. Representan, en palabras de Roberto Gargarella, ‘cláusulas dormidas’ que no guardan contacto alguno con la realidad social en donde se pretenden implementar⁶³.

El contexto latinoamericano es un buen ejemplo de esta situación. Después de varios procesos de transformación constitucional en diversos países de la región, la comisión de violaciones a derechos humanos, los índices de desigualdad y los deficientes arreglos institucionales continúan siendo una constante en crecimiento que provocan una percepción de ausencia o vacío de tales derechos⁶⁴. En estos escenarios, las promesas derivadas de la constitucionalización de los derechos se muestran vagas, sino es que rotas.

⁶² Upendra Baxi, “An age of Human Rights?”, en *The Future of Human Rights*, 2008, 1.

⁶³ Roberto Gargarella y Christian Courtis, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes”, *Serie Políticas Sociales*, vol. 153, 2009, 31.

⁶⁴ Roberto Gargarella, “Too much ‘Old’ in the ‘New’ Latin American Constitutionalism”, 2009; Felipe Curcó Cobos, “The New Latin American Constitutionalism: A Critical Review in the Context of Neo-Constitutionalism”, *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies* 43, núm. 2 (2018): 212–30.

Este fenómeno coloca un peso particular sobre el constitucionalismo. Sin embargo, quizás, una de las posibles rutas para encarar este problema sea por medio de la revisión del papel que la Constitución juega en el actual escenario social y político de las comunidades. Tal vez sea momento de afrontar que una perspectiva jurídica de los derechos humanos- despojada de otras consideraciones sociales y políticas- no resulta más un proyecto defendible para la implementación de los derechos, sino que una relación efectiva y funcional entre derechos y Constitución hace necesario su involucramiento con las estructuras políticas y sociales de la comunidad⁶⁵.

El siguiente apartado refiere, precisamente, a la necesidad de transitar hacia un modelo distinto de constitucionalismo en el que una Constitución se coloque como un dispositivo para la distribución y ejercicio del poder socio-político en aras de una construcción e implementación más democrática de los derechos. A lo largo del análisis prestaré particular atención a las corrientes del constitucionalismo transformador⁶⁶ y del constitucionalismo crítico que hacen eco de postulados vinculados con la democracia radical y la construcción social de los derechos.

⁶⁵ Malak El Chichini Poppovic y Oscar Vilhena Vieira, "Reflections on the international human rights movement in the 21st century: Only the answers change", *Sur* 11, núm. 20 (2014): 21.

⁶⁶ En el plano teórico existen algunos otros términos como «nuevo constitucionalismo» (*new constitutionalism*) basado también en perspectivas críticas en la medida en que no dan por sentadas ni estáticas el papel de las instituciones ni las relaciones sociales de poder, sino que las cuestionan con la intención de revelar condiciones para su transformación. Véase Stephen Gill and A. Claire Cutler, *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge University Press, 2014), 2-3 Sin embargo, estas perspectivas teóricas pueden ser consideradas como críticas externas a la Constitución y al propio constitucionalismo. En cambio, en este trabajo refiero el término constitucionalismo crítico como una crítica interna relacionada más con la naturaleza, esencia, estructura y función de la constitución. Por ello, pese a los posibles puntos de semejanza, para efectos del presente trabajo ambos términos no deben ser confundidos.

El constitucionalismo transformador constituye un enfoque teórico de reciente desenvolvimiento, principalmente, en el marco del Sur Global, particularmente, en países como Sudáfrica. Karl E. Klare, uno de los principales exponentes de este concepto, lo define como aquel proyecto de largo plazo en donde la aplicación e interpretación de la Constitución se enfocan a transformar tanto las instituciones políticas y sociales de una comunidad, como las relaciones de poder existentes en ella, en una dirección democrática, igualitaria y participativa. Dicha corriente tiene por objeto promover un cambio social de gran calado por medio de procesos políticos de naturaleza no violenta sustentados en el derecho.⁶⁷

La impresión que el constitucionalismo transformador guarda sobre la Constitución constituye un aspecto de gran relevancia. Este enfoque rechaza la clásica visión liberal de la Constitución como un pacto que configura a la sociedad. Por el contrario, refiere que las instituciones políticas, sociales y legales que intervienen en una comunidad no se encuentran dadas por el derecho, sino que son elegidas periódicamente por la sociedad a través de procesos de intervención y reinención democrática. Así, bajo esta perspectiva, la Constitución no es otra cosa más que aquello que queremos que sea y signifique. Es, por tanto, un producto contingente resultado de la interacción entre la creatividad humana y el contexto particular de una sociedad.⁶⁸

La interpretación judicial juega un papel protagónico bajo la teoría del constitucionalismo transformador. Asume que la labor interpretativa que desarrollan las y los jueces es eminentemente política y creadora de derecho. Se trata, bajo su perspectiva, de una interpretación post-liberal

⁶⁷ Karl E Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights* 14, núm. April (1998): 146-88; Pius Langa, "Transformative Constitutionalism", *Stellenbosch Law Review*, núm. 17 (2006): 351-60.

⁶⁸ Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", 151 y 155.

que reconoce que los derechos humanos consagrados en la Constitución no son auto-ejecutables sino que, por el contrario, requieren de una activa intervención judicial para que éstos puedan lograr su cometido de transformación social. De esta manera, lo único que se requiere para que los derechos puedan generar esquemas transformadores es que las y los operadores de justicia decidan trascender de aquellos límites formales establecidos por la cultura jurídica legalista que enarbola el clásico Estado de Derecho, y adelantar sus esquemas formales y materiales de interpretación en un sentido progresista.

El constitucionalismo transformador, sin duda, constituye un enfoque relevante para encaminar el ejercicio material de los derechos. Su doctrina intenta promover que las y los jueces asuman claros compromisos políticos con el adelantamiento de procesos de renovación de la cultura jurídica que impacten en la posibilidad de modificar esquemas de desigualdad que afectan a las personas en el escenario social. Intenta, por tanto, romper con el fetichismo legal característico del constitucionalismo liberal y hacer que los derechos humanos reconocidos por la Constitución ‘despierten’ para producir modificaciones materiales de importantes alcances.

Sin embargo, el constitucionalismo transformador adopta una perspectiva sumamente interna del derecho⁶⁹. Al concentrarse en la función interpretativa de la judicatura, el constitucionalismo transformador deja de lado el análisis de otras interacciones importantes que pueden influir de manera relevante en la consecución de la transformación social por medio del derecho, como aquellas que tienen lugar entre los movimientos sociales y las instituciones de justicia y gobierno de una sociedad. Si

⁶⁹ Karin Van Marle, “Transformative Constitutionalism as/and Critique”, *Stellenbosch Law Review* 20 (2009): 297. Michaela Hailbronner, “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”, *American Journal of Comparative Law* 65, núm. 3 (2017): 527-65.

el constitucionalismo transformador persigue como cometido la redistribución del poder en la sociedad, no puede dejar fuera del tablero de juego a otros actores sociales ni al análisis de otros contextos importantes distintos al derecho.

De esta manera, el constitucionalismo transformador debe también ser un constitucionalismo crítico. A grandes rasgos el constitucionalismo crítico representa también una contra-teoría a la visión dominante de las constituciones analizadas en las secciones anteriores. Entre sus premisas se encuentra una visión dinámica de la Constitución que rechaza a ésta como la norma fundamental y pragmática que debe performar y moldear el orden político, social y jurídico de una comunidad.

Esta perspectiva teórica también se opone a las visiones esencialistas en torno al contenido y a los titulares de los derechos humanos como elementos y subjetividades completos, acabados y universales. En cambio, el constitucionalismo crítico parte del «conflicto» como algo inherente a la existencia de la propia comunidad y, por lo tanto, de la necesidad de desarrollar distintos mecanismos para alcanzar su equilibrio, pero nunca su pacificación. Con ello, el constitucionalismo crítico es crítico en la medida en que es emancipador. No enarbola una concepción estática y acabada en torno a la concentración del poder político, sino que defiende la necesidad de distribuir tal poder como una condición esencial de la propia existencia del orden constitucional.

Las consideraciones críticas de esta perspectiva constitucional también atraviesan a los actores e instituciones sociales. Asumir que la Constitución es un terreno de disputa política, implica reconocer que los diversos actores que intervienen en el marco jurídico y socio-político de una comunidad pueden poseer y desplegar distintos marcos de poder y autoridad, sin que necesariamente uno se coloque por encima de otro.

Lo anterior, guarda una particular relación con la idea de poder en Michel Foucault para quien éste no constituye un aspecto de suma cero en donde sólo las élites poderosas pueden ejercerlo⁷⁰, sino que, al encontrarse en todo tipo de relaciones sociales, los sujetos más vulnerables también pueden generar esquemas de resistencia a través del despliegue de ciertas acciones y repertorios de movilización.

Esta visión supone el ejercicio de una interrelación entre instituciones estatales, por un lado, y actores y movimientos sociales, por el otro. En conjunto, los actores que intervienen en el campo del derecho ejercen funciones particularmente relevantes, aunque diferenciadas. En el caso de los actores y movimientos sociales, son éstos quienes a través del despliegue de ciertas estrategias de movilización depositan en los derechos humanos todas aquellas aspiraciones, demandas y necesidades que consideran necesarias para modificar los esquemas de dominación y opresión que limitan su vida social. Mientras que, por otro lado, son las cortes y tribunales quienes por medio de la autoridad que el sistema legal les confiere, pueden ampliar, cristalizar y formalizar –por medio de la interpretación y adjudicación– los esquemas de protección y garantía que los derechos humanos pueden perseguir para conseguir esquemas de transformación social.⁷¹

De este modo, la transformación de los contextos sociales por medio de la Constitución se estructura a través de dos consideraciones particulares. En ellas se aprecia la necesidad de que el constitucionalismo transformador se articule con un enfoque crítico. La primera consideración se relaciona con la posibilidad a cargo de los actores y movimientos sociales

⁷⁰ James Nickolas, “Law and Power: Ten Lessons from Foucault”, *Bond Law Review* 30, núm. 1 (2018): 35.

⁷¹ Douglas Nejaime, “Constitutional Change, Courts, and Social Movements”, *Michigan Law Review* 111, núm. 6 (2013): 877-902.

de involucrarse en un sentido político con su Constitución. Es decir, con la oportunidad que tienen de participar en la formulación y modificación de las cláusulas constitucionales como parte del ejercicio del poder soberano que reside, esencialmente, en ellos en tanto integrantes del pueblo. Mientras que la segunda se relaciona con la posibilidad de asegurar una construcción social de los derechos humanos que los identifique no como principios abstractos e intocables, sino como elementos socialmente útiles para el mejoramiento de las condiciones materiales de vida y coexistencia social. Lo anterior implica comprender que la naturaleza de los derechos humanos es la de representar herramientas políticas que permiten a los distintos actores sociales emprender batallas por su significado, operación y garantía en un entorno social contingente y variable marcado por la existencia de relaciones desiguales de poder.

Un ejemplo sobre la manera en que puede operar este modelo es el del matrimonio igualitario. En diversos contextos geográficos, el matrimonio entre personas del mismo sexo ha logrado un importante reconocimiento gracias a la intervención de las cortes y tribunales. Ello ha sido producto de la negativa o la omisión de los poderes legislativos y ejecutivos de avanzar legislaciones o políticas públicas que garanticen el derecho a la igualdad de las personas homosexuales, pero también gracias a la influencia y activismo de diversos movimientos sociales⁷².

A través del litigio dichos movimientos sociales no sólo buscaron el acceso a un derecho que históricamente les había sido negado. Por el contrario, mediante la utilización de esquemas interpretativos de ciertos derechos previamente reconocidos en la Constitución, como el derecho a la igualdad y el derecho a la familia, dichos movimientos sociales ase-

⁷² Anthony Kreis, "Stages of Constitutional Grief: Democratic Constitutionalism and the Marriage Revolution", *Journal of Constitutional Law* 20, núm. 4 (2016): 871-982.

guraron también su reconocimiento como actores políticos relevantes y demostraron que en el marco de la sociedad son capaces de ejercer el poder a través de la modificación de instituciones tradicionalmente incontrovertidas⁷³.

Con ello, los movimientos en defensa de la diversidad sexual no solamente aseguraron un cambio en la manera de operar e interpretar ciertas instituciones del derecho de familia. También lograron colocar en el centro del debate público la manera en que históricamente el derecho ha sido construido desde una perspectiva masculina y heteronormada. Es decir, el litigio relacionado con el matrimonio igualitario no sólo partió de una crítica de las disposiciones constitucionales existentes, sino que se amplió hacia el cuestionamiento del despliegue de ciertas relaciones de poder que ubicaban a las personas homosexuales en una categoría de segundo nivel al no poder contar con acceso a otros derechos igualmente relevantes como la seguridad social.

Lo anterior no quiere decir que los fallos judiciales que hasta el momento se han pronunciado en México y en otros países hayan sido capaces de eliminar los contextos de discriminación y desventaja que siguen afectando a las personas y grupos integrantes de la diversidad sexual. Desafortunadamente, aún es posible apreciar actos de discriminación de diversa índole que comprometen de manera grave el goce y ejercicio de sus derechos humanos. Sin embargo, tal y como lo sostiene Reva Siegel, el efecto de las decisiones judiciales ha sido el de estructurar un debate público y democrático respecto de un tema que anteriormente

⁷³ José Luis Caballero Ochoa y Daniel Antonio García Huerta, “El enigma, el candil y el vigía decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana”, en *La Suprema Corte y el Matrimonio Igualitario en México*, ed. Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2017).

se encontraba fuera de cualquier consideración política y legal. En su reflexión, Siegel argumenta, precisamente, que las decisiones judiciales que reconocen el matrimonio igualitario han permitido asumir que la Constitución y los derechos que ella reconocen son un escenario de disputa entre distintos actores y movimientos sociales.⁷⁴

El conflicto trazado por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo suele darse en las cortes, pero también en el plano político y social de la comunidad. En diversos países las decisiones judiciales sobre este tema han dado origen a un *backlash* o retroceso por parte de sectores conservadores tendientes a modificar normas constitucionales con el objetivo de impedir el matrimonio igualitario⁷⁵. Ello, lejos de ser una consecuencia negativa inmediata de tales decisiones, representa más bien un síntoma del desarrollo de un conflicto por el significado y el poder de los derechos para avanzar o limitar cambios sustantivos en el entramado social que garanticen una transformación social.

En este sentido, es claro que el las decisiones judiciales respecto del matrimonio igualitario han logrado transformar y criticar ciertas estructuras sociales. En el primer caso, la transformación es patente en el hecho de que la posibilidad de contraer matrimonio no depende ya del sexo de

⁷⁴ Reva B. Siegel, "Same-Sex Marriage and Backlash: Constitutionalism through the Lens of Consensus and Conflict", en *Max Weber Lecture No. 2016/04* (European University Institute, 2016).

⁷⁵ En el caso de Costa Rica, y después de que tanto la Corte Constitucional así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitieran diversas decisiones en torno a la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de que el gobierno de aquel país prohibiera los matrimonios entre personas del mismo sexo, un grupo de diputadas y diputados promovió una reforma constitucional para restringir el alcance del matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. Casos similares han ocurrido en El Salvador y Rumania en donde decisiones de las cortes nacionales de dichos países han traído como consecuencia que grupos conservadores promuevan la discusión de reformas constitucionales y la organización de referéndums con el objetivo de limitar el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio y adoptar.

las personas, sino que sin importar éste cualquier persona puede acceder a él en el marco de una decisión libre y voluntaria. Mientras que en el segundo, la lucha por el reconocimiento del matrimonio igualitario ha abierto la puerta para estructurar un debate social, político y legal que cuestiona la estructura tradicional de las sociedades sobre la base de la consideración y diferenciación sexual de las personas.

Si bien dichos procesos no pueden considerarse como misiones acabadas, sí constituyen una muestra de la manera en que la lucha por el significado de los derechos, a partir de su construcción social, y la articulación activa entre actores institucionales y sociales ha sido capaz de generar esquemas de cambio y transformación social. Es evidente también que los logros alcanzados en esta materia no se deben en exclusiva a un actor o institución. Por el contrario, ha sido producto de un entorno de diálogo y crítica democrática que se refuerza a partir del aprovechamiento estratégico de las capacidades con las que cada actor e institución cuenta. De ahí que la movilización legal de los derechos humanos, a través de la incorporación de postulados y demandas políticas emancipatorias, pueda constituir una alternativa contra-hegemónica que contribuya a la conformación de una 'jurisprudencia insurgente'⁷⁶ que sea capaz de promover la incorporación de sujetos y de sus identidades en el plano sociopolítico de una comunidad. Si tales objetivos se cumplen puede hablarse, entonces, de que los derechos humanos reconocidos en la Constitución han logrado transformar, en cierta medida, la realidad de quienes emprenden su uso. *

⁷⁶ Michael E. Tigar, *Law and the rise of capitalism*, Segunda Ed (United States: Monthly Review Press, 2000).which greatly improves the oral delivery of probucol and subsequently leads to a novel therapeutic efficacy of probucol in the suppression of lung metastasis of breast cancer. DNP is formed by employing the intermolecular hydrophobic interactions between probucol and polyethylene glycol p-(1,1,3,3-tetramethylbutyl

VII. CONCLUSIONES

El constitucionalismo moderno ha descansado sobre una premisa que en nuestros días requiere de un análisis detallado en torno a su efectividad. Se nos ha dicho que constitucionalizar los derechos representa la mejor estrategia para promover el mejoramiento de las condiciones legales, políticas y sociales de una comunidad. Sin embargo, lo cierto es que la experiencia y el desarrollo de esta visión no ha hecho más que confirmar que la incorporación inmediata de estos derechos en la Constitución no ha resultado ser una propuesta efectiva ni mucho menos positiva para equilibrar las condiciones de desigualdad que afectan aún a muchas sociedades. La experiencia del constitucionalismo latinoamericano con sus largas listas de derechos económicos, sociales y culturales es un gran ejemplo de esto. En dicha región, las condiciones sociales y los sistemas democráticos no han mostrado un avance importante. Hasta el momento no existe, entonces, una relación precisamente clara entre la creciente constitucionalización de los derechos y el mejoramiento de las condiciones sociales y políticas de una comunidad. Si bien se ha logrado apreciar la generación de algunos avances, la instrumentalización de los derechos como normas constitucionales aún requiere de mayores desarrollos que aseguren no sólo su existencia formal, sino real a través de su efectiva implementación de cara a la transformación social de sociedades desiguales.

De esta manera, el problema quizás no sea el de constitucionalizar los derechos, sino el de apreciar dicha constitucionalización desde una perspectiva exclusivamente normativa. Una Constitución con vocación transformadora debe promover la modificación de las relaciones desiguales de poder en una sociedad por medio de la apropiación y ejercicio social

de los actores sociales. Tal misión puede ser mejor asegurada mediante el despliegue de un constitucionalismo crítico y transformador que parta del desarrollo de acciones conjuntas entre actores institucionales y sociales. De esa manera es más probable que las cláusulas constitucionales puedan despertar del sueño constitucional y generar cambios y modificaciones tendientes a la transformación social. Quizás, un constitucionalismo crítico y transformador sea la ruta para establecer un puente que nos permita transitar del sueño y la ilusión a la práctica y construcción social de los derechos. En otras palabras, que nos conduzca de la kalopsia al demos constitucional.

VIII. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ALLOTT, Anthony. "The Effectiveness of Laws". *Valparaiso University Law Review* 15, núm. 2 (1981).

ARATO, Julian. "Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations". *International Journal of Constitutional Law* 10, núm. 3 (2012).

BAXI, Upendra. "An age of Human Rights?" En *The Future of Human Rights*, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *On the State : Lectures at the Collège De France, 1989-1992*. English ed., 2014.

———. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Desclée De Brouwer, 2001.

BOURDIEU, Pierre, y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Universidad de los Andes, 2000.

CABALLERO OCHOA, José Luis, y Daniel Antonio García Huerta. "El enigma, el candil y el vigía decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana". En *La Suprema Corte y el Matrimonio Igualitario*

en México, editado por Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

CARTABIA, Marta. “La Edad de los Nuevos Derechos”. *Revista de Derecho Político*, núm. 81 (2011).

CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignación y Esperanza*. Editado por María Hernández Díaz. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

CLÉMENT, Dominique. “Human Rights or Social Justice? The Problem of Rights Inflation”. *International Journal of Human Rights* 2987, núm. October (2017).

CURCÓ COBOS, Felipe. “The New Latin American Constitutionalism: A Critical Review in the Context of Neo-Constitutionalism”. *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies* 43, núm. 2 (2018).

DAL CANTO, Francesco. “Los Nuevos Derechos: Entre la Constitución Italiana y las Cartas Europeas”. *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 40 (2016).

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978.

DWYER, J. P. “Pathology of Symbolic Legislation”. *Ecology Law Quarterly* 17, núm. 2 (1990).

EPP, Charles R. *The Rights Revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. University of Chicago Press, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011).

———, “El Derecho como Sistema de Garantías”. En *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Trotta, 2004.

GARCIA-VILLEGAS, Mauricio. “A Comparison of Sociopolitical Legal Studies”. *The Annual Review of Law and Social Science* 12 (2016).

- “Notas Preliminares para la Caracterización del Derecho en América Latina”. *El Otro Derecho*, núm. 26-27 (2002).
- ed. *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y DeJusticia, 2009.
- ed. *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- GARCÍA HUERTA, DANIEL ANTONIO. “Legitimación, Concentración y Despolitización. Tres Consecuencias de los Derechos en la Constitución”. En *Entre la Libertad y la Igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, editado por Jorge Cerdio, Pablo De Larrañaga, y Pedro Salazar, 137-49. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2017.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. “Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia y Cambio Social en América Latina”. *Análisis Político* 25, núm. 75 (2012).
- , “El derecho en América Latina, entre lo ideal y lo posible”. *Letras Libres*, julio de 2016.
- , *La Eficacia Simbólica del Derecho. Sociología Jurídica del Campo Político en América Latina*. Segunda Ed. Bogotá: IEPRI : DEBATE, 2014.
- GARGARELLA, ROBERTO. “Las Amenazas del Constitucionalismo: Constitucionalismo, Derechos y Democracia”. En *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, 2001.
- , “Too much ‘Old’ in the ‘New’ Latin American Constitutionalism”, 2009.
- y Christian Courtis. “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes”. *Serie Políticas Sociales*. Vol. 153, 2009.

- GONZÁLEZ, Jesús. “La eficacia simbólica”. *Trama y fondo*, núm. 26 (2009).
- GREPPI, Andrea. “Eficacia”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3 (2012).
- GRIFFIN, James. *On Human Rights*. United States: Oxford University Press, 2008.
- GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations* 12, núm. 4 (2005).
- HAILBRONNER, Michaela. “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”. *American Journal of Comparative Law* 65, núm. 3 (2017).
- HASNAS, John. “The Myth of the Rule of Law”. *Wisconsin Law Review* 199 (1995).
- KAHN, Paul W. “Una Nueva Perspectiva para el Constitucionalismo Comparado: El Análisis Cultural del Estado de Derecho Occidental”. *Revista de Derecho* XXIX, núm. 1 (2016).
- KENNEDY, Duncan. “El constitucionalismo norteamericano como religión civil. Notas de un ateo”. En *Izquierda y Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Crítica*. Argentina: Siglo XXI, 2010.
- KLARE, Karl E. “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. *South African Journal on Human Rights* 14, núm. April (1998).
- KREIS, Anthony. “Stages of Constitutional Grief: Democratic Constitutionalism and the Marriage Revolution”. *Journal of Constitutional Law* 20, núm. 4 (2016).
- LANGA, Pius. “Transformative Constitutionalism”. *Stellenbosch Law Review*, núm. 17 (2006).
- LEMAITRE, Julieta. “Legal Fetishism: Law, Violence, and Social Movements in Colombia”. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 77, núm. 2 (2008).
- LERNER, Max. “Constitution and Court as Symbols”. *The Yale Law Journal* 46, núm. 8 (1937).

- LEVI-STRAUSS, Claude. *Antropología Estructural*. Editado por Eliseo Verón. Segunda Re. Barcelona: Paidós, 1974.
- LOUGHLIN, MARTIN. *Foundations of Public Law*. United Kingdom: Oxford University Press, 2010.
- . “The Constitutional Imagination”. *The Modern Law Review* 78, núm. 1 (2015).
- . “What is Constitutionalisation?” En *The Twilight of Constitutionalism?*, editado por Petra Dobner y Martin Loughlin, 47–72. United Kingdom: Oxford University Press, 2010.
- MARLE, Karin Van. “Transformative Constitutionalism as/and Critique”. *Stellenbosch Law Review* 20 (2009).
- MAZZARESE, Tecla. “Minimalismo de los Derechos: ¿Apología Razonable o Deslegitimación Insidiosa?” *Ideas & Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, núm. 5 (2005).
- NEJAIME, Douglas. “Constitutional Change, Courts, and Social Movements”. *Michigan Law Review* 111, núm. 6 (2013).
- NICKOLAS, James. “Law and Power: Ten Lessons from Foucault”. *Bond Law Review* 30, núm. 1 (2018).
- OREND, Brian. *Human Rights: Concept and Context*. Canada: Broadview Press, 2002.
- POPOVIC, Malak el Chichini, y Oscar Vilhena Vieira. “Reflections on the international human rights movement in the 21st century: Only the answers change”. *Sur* 11, núm. 20 (2014).
- POU GIMÉNEZ, Francisca. “Las Ineficacias Legales y Políticas del Híper-Reformismo Constitucional Mexicano”. En *La Dinámica del Cambio Constitucional en México*, editado por José María Serna de la Garza y Isidro de los Santos Olivo. México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico*. Siglo XXI, 2011.
- SÁNCHEZ-RUBIO, David. “Derechos Humanos Constituyentes, Luchas Sociales y Cotidianas e Historización”. *Revista del Cíen Tramas/Maepova* 3 (2014).
- SANÍN RESTREPO, Ricardo. *Teoría Crítica Constitucional*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. e-Duke books scholarly collection, 2008.
- SIEGEL, Reva B. “Same-Sex Marriage and Backlash: Constitutionalism through the Lens of Consensus and Conflict”. En *Max Weber Lecture No. 2016/04*. European University Institute, 2016.
- SIKKINK, Kathryn. *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century*. United States: Princeton University Press, 2017.
- SMITH, Carole. “The Sovereign State v Foucault: Law and Disciplinary Power”. *Sociological Review* 48, núm. 2 (2000).
- SOUSA SANTOS, Boaventura De. *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*. Bogotá: DeJusticia, 2014.
- TAMANAH, B Z. “Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence”. *Oxford Journal of Legal Studies* 21, núm. 1 (2001)
- TAMANAH, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. United States: Cambridge University Press, 2004.
- TIGAR, Michael E. *Law and the rise of capitalism*. Segunda Ed. United States: Monthly Review Press, 2000.
- UPRIMNY, Rodrigo. “Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”. En *El Derecho en América Latina. Un mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI*, editado por César Rodríguez Garavito, 109-38. Argentina: Siglo XXI, 2011.

- VÁZQUEZ, Rodolfo. “¿Inflación o deflación de derechos?” En *Lenguaje, Mente y Moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, editado por Gustavo Ortíz Millán y Juan Antonio Cruz Parceró, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2015.
- WALDRON, Jeremy. “Legal and Political Philosophy”. En *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, y Scott J. Shapiro. United States: Oxford University Press, 2004.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica, 1964.
- WELLMAN, Carl. *The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?* United States: Westview Press, 1999.
- WHITTINGTON, Keith E., R. Daniel Kelemen, y Gregory A. Caldeira. “The Study of Law and Politics”. En *The Oxford Handbook of Law and Politics*, editado por Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, y Gregory A. Caldeira. United States: Oxford University Press, 2008.
- YOUNG, Ernest A. “The Constitution Outside the Constitution”. *Yale Law Journal* 117, núm. 3 (2007).
- . “The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda”. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 10, núm. 2 (2007).
- ZEZZA, Michele. “El Problema de la Inflación de los Derechos y las Incongruencias de las Teorías Minimalistas”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 23 (2016).