

CONSTITUCIÓN MATERIAL Y JUSTICIA POLÍTICA

Material Constitution and political justice

Alejandro Medici

Abogado y profesor por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Especialista Universitario en Investigación Social Participativa por Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Máster en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamericana por la Universidad Internacional de Andalucía, España. Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide, España.

Casilla de correo: medici.alejandro@gmail.com

RESUMEN

Las nuevas constituciones de la región (Venezuela, Ecuador y Bolivia) plantean innovaciones que no pueden ser explicadas desde la teoría constitucional predominante. Faltan modelos constitucionales que se adecuen a nuestra realidad caracterizada por una matriz de colonialidad. La filosofía de la liberación y el giro descolonizador son fundamentales para la teoría constitucional latinoamericana. El siguiente trabajo propone un concepto de constitución material que permita realizar juicios de racionalidad reproductiva consensual y factible, que sirva como criterio de priorización de la producción, reproducción y acrecimiento de la vida.

Palabras clave: Constitución material, Filosofía de la liberación, Giro descolonizador.

ABSTRACT

The new constitutions of the region (Venezuela, Ecuador and Bolivia) suggest innovations that can't be explained from the prevailing constitutional theory. There are not constitutional models that fit in our reality, characterized by a matrix of coloniality. The philosophy of liberation and the decolonization turn are essential for Latin American constitutional theory. The following paper proposes a concept of material constitution that allows to realize consensual judgments of reproductive rationality and feasible, which will serve as a criterion for prioritizing the production, reproduction and accretion of life.

Key words: material Constitution , philosophy of liberation, decolonization turn.

Introducción

En este texto exploramos la potencialidad de la filosofía latinoamericana de liberación y del llamado giro descolonizador o “descolonial” para fundamentar la teoría constitucional.

Para nosotros esto resulta necesario a la luz de la exigencia que plantea la experiencia de lo que ha dado en llamarse el “nuevo constitucionalismo transformador” en la región, a partir de los nuevos textos y sistemas constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), que plantean innovaciones tales como una voluntad descolonizadora y refundadora del estado, la participación popular protagónica articulando formas de democracia directa, indirecta e incluso reconociendo su dimensión comunitaria, la asunción del pluralismo cultural y jurídico, su institucionalización en procura de la construcción de una sociedad intercultural, la adopción de la forma de estado plurinacional, la incorporación de una serie de principios valorativos propios de las cosmovisiones de los pueblos originarios junto a los tradicionales dimanantes del constitucionalismo moderno, nuevos derechos que le dan una nueva profundidad a las pretensiones sociales y ambientales del constitucionalismo, la priorización dentro de la programación constitucional de la integración latinoamericana con criterios políticos de identidad regional, solidaridad, complementación y reciprocidad, mucho más allá de los meras conveniencias económicas y comerciales.

A nuestro entender, estas innovaciones que glosamos brevemente, demandan y justifican un esfuerzo de fundamentación teórica que excede la agenda y las bases de la teoría constitucional predominante en nuestra región. Nosotros creemos, y no es una cuestión de dogmatismo, ni de determinismo geográfico o social, que en realidad siempre el constitucionalismo se vio diferente desde Nuestra América que desde Estados Unidos o Alemania, por mencionar sólo dos ejemplos. Esta certeza se justifica aún más con estas novedades del nuevo constitucionalismo transformador que no se reducen simplemente a agregar algunos casos peculiares para subsumirlos en los mismos estándares teóricos y comparativos de la teoría constitucional hegemónica.

Buscaremos recurrir entonces a un pensamiento situado, que asume conscientemente el punto de vista desde el que lee la realidad y las opciones axiológicas y gnoseológicas de las que parte. Esto requiere la explicitación del lugar hermenéutico del sujeto investigador como respuesta a una previa interpelación de la realidad, así como de la relación entre lugar social y dicho lugar hermenéutico. No significa esto renunciar a la validez general de las conclusiones, pero sí una prevención ya que la idea de la exterioridad y objetividad del sujeto de conocimiento, así como de los conceptos y modelos que utiliza desde su pretendido lugar de asepsia gnoseológica a partir del que comparar, clasificar, por ejemplo, los sistemas constitucionales, es una de las trampas de la *episteme* colonial, que de esa forma naturaliza y presenta como universales *a priori*, lo que son en realidad parámetros localizados de su propia experiencia, no pocas veces impuestos por la fuerza o por la violencia simbólica y epistémica de las academias hegemónicas en el mundo.

Nosotros partimos entonces de una historia del constitucionalismo que ha mostrado, en general, ser un constitucionalismo mucho más de poderes que de derechos, con fuertes contrastes entre sobre y sub ciudadanías que desbordan los estándares de igualdad constitucional. Como venimos argumentando desde hace un tiempo, este problema no involucra solamente a la falta de desarrollo o cultura cívica de nuestras sociedades en la

aplicación de modelos inspirados o calcados de los arquetipos del constitucionalismo europeo o estadounidense, sino que radica justamente en la falta de modelos constitucionales que se adecuen a nuestra realidad histórica caracterizada por una matriz de colonialidad, persistente pero a la vez cambiante, del poder, del saber, del ser y del hacer como marco de nuestros estados regionales, situados en el Sur (no como localización geográfica apenas, sino como lugar epistémico, geopolítico y social de enunciación).

Por eso, pensamos que ciertas características de este nuevo constitucionalismo como su pluralismo social, cultural, jurídico institucionalizado en forma de estado plurinacional, su asumida expresamente voluntad descolonizadora, y lo que nosotros pensamos es una racionalidad reproductiva presente en sus principios y sistemas de derechos, el paso a un estado de derechos y de justicia, se comprenden mejor fundamentando la teoría constitucional desde la filosofía de la liberación regional, y el giro descolonizador.

La teoría constitucional se ubica en un lugar de cruce entre las mediaciones organizacionales de la convivencia en la forma de las normas constitucionales y sus fundamentos políticos, morales. Los procesos de democracia protagónica y transformación del estado con voluntad descolonizadora que son contexto reflexivo de este texto, involucran a dicha teoría constitucional en tanto llegan a modificar con esas determinaciones los sistemas constitucionales. Ello es así porque el nivel del derecho constitucional supone el acople estructural entre el campo político, el jurídico, el ecológico, económico, cultural, etc. Es un punto de alta condensación simbólica, institucional y normativa donde se puede comprender cuál es y cómo cambia la autoimagen que una sociedad tiene de sí misma.

Ahora bien, en nuestra región la teoría constitucional va a la zaga de las novedades que presenta la experiencia social en materia constitucional a partir de estas experiencias del nuevo constitucionalismo transformador. Creemos que tanto sus marcos de fundamentación como su agenda de temas deben ser renovados. Por todas estas razones intentamos en este texto utilizar los argumentos de algunas de las vertientes de la filosofía de la liberación latinoamericana y del giro descolonizador, que nos parecen más pertinentes para comenzar a fundamentar una teoría constitucional situada en las realidades y exigencias de nuestra región.

En este texto, esbozamos entonces esa fundamentación general de la teoría constitucional en la filosofía de la liberación (especialmente en su versión analéctica) y el giro descolonizador, desarrollamos la importancia del elemento diferencial de una fundamentación de este tipo: el principio material de producción, reproducción y acrecimiento de la vida de forma consensual y factible como condición y contenido del razonamiento práctico en la ética y el derecho, aplicamos dicho criterio diferencial de valoración a los sistemas constitucionales, utilizando para ello un concepto de constitución material, que permita realizar juicios de racionalidad reproductiva consensual y factible, es decir, juicios acerca de la justicia los sistemas constitucionales, y servir como criterio de priorización a partir del criterio dignidad de la vida de sus principios y reglas de derechos constitucionales.

1. El fundamento material: producción, reproducción y acrecimiento de la vida

En lo que sigue nos interesa destacar el contenido de fundamentación: principio material de producción, reproducción y desarrollo de la vida como contenido diferencial de nuestra propuesta frente a teorías constitucionales procedimentales, como por

ejemplo, la fundamentación del constitucionalismo a partir de la teoría discursiva del derecho o desde las teorías de la democracia deliberativa.

Diremos que sin negar la importancia del aspecto de legitimidad o validez democrática del constitucionalismo, nuestra propuesta, sin renunciar en absoluto a este aspecto, pretende la orientación de los consensos, deliberaciones que hacen a los aspectos de la democracia en sus dimensiones representativa, participativa, comunitaria e intercultural a partir del *telos* de la organización de la convivencia. Es decir, el poder vivir en conjunto poniendo las mediaciones institucionales, normativas orientadas a ese fin.

Ello incluso como condición de posibilidad de la legitimidad consensual democrática del derecho constitucional. En el entendimiento que el derecho constitucional y la constitución constituyen normatividad jurídica destacada (debería ser siempre núcleo de sentido democrático consensual, fundamento de validez del derecho), pero a su vez orientada por el criterio de verdad práctica material de producción, reproducción y desarrollo de la vida.

En el plano declarativo todos los sistemas constitucionales reconocen este objetivo a nivel de su normatividad (reglas y principios) y generalmente en lo que el constitucionalismo demoliberal denomina la parte dogmática y los preámbulos constitucionales de una forma u otra, explícita o implícitamente, con plurales formas expresivas que resultan de los diversos cronotopos y de las culturas jurídicas específicas: por ejemplo, la dignidad humana¹, el bienestar general², convivencia democrática dentro de un orden social justo³, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos⁴, el bien de todos, la libertad política, justicia social, el bienestar individual y colectivo, la solidaridad humana⁵, más recientemente en el nuevo constitucionalismo transformador el *sumak kawsay* o *suma qamaña*: el buen vivir⁶.

En el plano de las prácticas constitucionales los sistemas en mayor o menor medida son siempre defectivos en organizar la convivencia consensual y factible en la medida que grupos sociales no tienen las condiciones fácticas ecológicas, económicas, culturales, políticas para poder desarrollar su vida en forma digna. De ahí la importancia de este contenido tanto en el momento arquitectónico o dialéctica constitucional, como especialmente en el momento crítico o de la analéctica constitucional.

2. Juicios de racionalidad reproductiva

Este criterio material de producción, reproducción de la vida humana en su circuito natural es fundamental en el sentido de ser fundamento y muestra lo absurdo de las pretensiones de la dogmática constitucional positivista o analítica de abandonar este tipo de problematizaciones y trabajar sobre la pureza y precisión de los enunciados

¹ Cf. Art. 1, III de la Constitución de la República Federativa del Brasil, *Constituição da Republica Federativa do Brasil*, Curitiba, Juruá, 2011.

² Cf. Preámbulo de la Constitución Argentina, *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, Zavalía, 2011.

³ Cf. Preámbulo de la Constitución de España, Krisipen Sersení-*Constitución Española*, Barcelona, Nevipens Romaní, 1988.

⁴ Cf. Art. 1 de la Constitución de México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

⁵ Cf. Art. 1 de la Constitución de Cuba, *Constitución de la República de Cuba*, La Habana, Asamblea Nacional del Poder Popular, 2003.

⁶ Cf. Art. 8.1 de la Constitución de Bolivia, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, U.P.S. editorial, 2011.

normativos del derecho constitucional positivo, como si eso asegurara la cientificidad del mismo. Estas posturas en realidad responden a un orden jerarquizado de valores, aunque implícito y no reconocido, que prioriza el orden, la estabilidad, la jerarquía, la plenitud, la coherencia, la seguridad como tales, en los límites de un sistema jurídico que se presume cerrado, sistemático y coherente en sí y para sí, frente a la justicia, que sería una cuestión equívoca, que hay que expulsar al terreno de la filosofía moral y política.

También muestra por contraste lo absurdo de pretender, en forma “realista”, que el derecho constitucional se limita a ser un mero epifenómeno de las relaciones de poder realmente existentes o que el derecho constitucional carece de contenidos de verdad práctica, legitimidad, validez y factibilidad que permitan ir más allá de una disciplina descriptiva, comparativa, en el caso del postmodernismo cínico o celebratorio.

Será importante en nuestra estrategia de fundamentación, entonces, mostrar lo desacertado de las pretensiones de separación radical entre juicios de hecho, susceptibles de verdad o falsedad y juicios prescriptivos, susceptibles de validez o invalidez. Desde la argumentación práctica cuyo criterio distintivo para enmarcar cualquier relación instrumental o estratégica entre medios y fines es el circuito natural de la vida, sin la que no hay fines, ni realidad, se puede fundamentar a la manera en que lo han hecho Hinkelammert, Dussel y Ellacuría, entre otros, una ética de contenido material apta en consecuencia para criticar las pretensiones de separación entre derecho y moral, que están en la base de las pretensiones postfundacionalistas del derecho y del derecho constitucional en especial.

Los autores mencionados (Hinkelammert, Dussel, entre otros), vienen aportando a la construcción de un principio material de fundamentación filosófico y ético que usualmente se presenta como de producción, reproducción y desarrollo de la vida, en tanto criterio de verdad que es a la vez la condición de posibilidad fáctica de cualquier juicio prescriptivo.

El hecho de donde arranca toda fundamentación y la posibilidad misma del filosofar, (como actividad no meramente especulativa ni exclusiva de los filósofos profesionales o académicos, es decir, partiendo, como sostenía Antonio Gramsci, de que en cierta manera todas y todos somos filósofos/os), es el criterio Vida vs. Muerte, como sostiene Antonio Salamanca: “El hecho de hechos de donde arranca el filosofar del pueblo es su vida versus su muerte” (Salamanca. 2008, p.24). Por su parte, Franz Hinkelammert parte de destacar la peculiaridad de los juicios de hecho cuyo criterio de verdad es la vida y la muerte, son juicios constituyentes de la realidad externa. Según el resultado de la acción guiada por estos juicios, la realidad existe o no. La realidad objetiva no es algo dado de forma independiente a la vida del ser humano. Es la vida de este, al lograr esquivar la muerte, lo que mantiene la realidad como realidad objetiva (Hinkelammert. 2002, 36). A este tipo de juicios entonces los podemos llamar de racionalidad reproductiva.

Con lo que se deja de lado la llamada “falacia naturalista”, que desde la interpretación de David Hume hecha por G. E. Moore, sostiene que no es posible derivar juicios de deber ser a partir de juicios de hecho. En esta premisa se fundamentó todo el positivismo lógico vienés y la filosofía analítica anglosajona para construir sistemas lógicos cerrados de análisis del lenguaje y sus diversos dominios, entre ellos el normativo (objeto de la lógica deóntica) y más concretamente de la deontología jurídica como sector especializado diferente también del lenguaje natural. En este tipo de

reduccionismos se basan las teorías del derecho que, como la de Hans Kelsen o Alf Ross, pretenden sustituir reductivamente la experiencia jurídica a la lógica jurídica. Es importante destacar, que esta pretendidamente inocua y objetiva separación entre derecho y moral, lo es al mismo tiempo entre derecho y contexto histórico.

El positivismo filosófico fue fruto de la creencia exacerbada en el poder del conocimiento científico. Su importación hacia la teoría del derecho resultó, vía positivismo jurídico, en la pretensión de crear una ciencia jurídica con características análogas a las ciencias exactas y naturales. La búsqueda de objetividad científica, con énfasis en la “realidad observable” y no en la “especulación filosófica”, apartó el derecho de la moral. Como resultado se consideró que derecho es norma positiva, acto imperativo emanado del estado respaldado con fuerza coactiva. La ciencia del derecho, en esta mirada, como todas las demás, debe fundarse en juicios de hecho, que buscan el conocimiento de la realidad, y no en juicios de valor que representan una toma de posición subjetiva, por lo tanto equívoca, frente a la realidad.

No obstante, la falacia naturalista ha sido atacada como tal. Mauricio Beuchot recuerda de entre los numerosos argumentos en contra, algunos de los más contundentes: en primer lugar, el mismo Hume sería reo de su propia condena, ya que en innumerables puntos de su filosofía da ese paso, que tanto condena, del ser al deber ser. Más aún, deberíamos decir que su misma negación de ese tránsito implica una contradicción performativa de eso mismo que niega, pues de lo que se hace (descripción de la falacia naturalista), pasa a lo que no se debe hacer (no se debe incurrir en tal falacia), esto es, de lo descriptivo a lo prescriptivo. En el silogismo práctico o entimema, tiene que haber premisas valorativas o hasta normativas, el deber ser esta en las premisas o antecedente y sale válidamente en el consecuente, como veremos un poco más adelante acerca de los juicios prácticos desde el criterio vida/muerte. Más recientemente, Hilary Putnam, llega a decir que los mismos enunciados de hecho, para ser posibles, requieren enunciados de valor en los que se fundamenten. Incluso para hacer enunciados de hecho necesitamos presuponer enunciados de valor (Beuchot. 2007, 118).

De los estudios científicos que nos hablan de la complejidad y fragilidad del fenómeno de la vida en nuestro planeta y del carácter ecodpendiente del circuito natural de la vida humana en las relaciones entre nosotros mismos, como (con)vivencia y con la naturaleza, que permiten inferir juicios fácticos, se fundamentan también juicios normativos.

En ese sentido, Enrique Dussel muestra como existen ciertos juicios fácticos que implícitamente llevan una premisa normativa. Por lo que en el nivel de la explicitación de esa premisa normativa implícita, se pueden fundamentar en forma dialéctica premisas normativas. Se trata, sostiene, de en primer lugar, encontrar un tipo de enunciados que puedan operar como premisa mayor que sean al mismo tiempo descriptivos y normativos. A este tipo de juicios, junto con Hinkelammert, podemos llamarlos “Juicios de Racionalidad Reproductiva” y hacen a lo que para nosotros será uno de los pilares fundadores de los saberes prácticos: derecho, moral, economía, ecología, y por supuesto de la teoría constitucional, aunque en cada caso no en forma directa, sino analógica. Se trata del tipo de juicios que sustentan el principio material de producción, reproducción y acrecimiento de la vida humana. Veamos un ejemplo de este tipo de juicio en forma de silogismo, tomado de Dussel (2001, 94):

1. El ser humano es un ser humano viviente
2. Juan es un ser viviente, tiene por ello cerebralmente conciencia, autoconciencia y responsabilidad sobre su vida.

3. Cuando Juan tiene hambre intenta producir y reproducir su vida comiendo.
4. Para seguir siendo un viviente responsable, Juan debe comer.

La vida es el modo de la realidad humana en el sentido en que lo explica Ellacuría siguiendo a su vez a Xavier Zubiri. La argumentación normativa se liga materialmente a este tipo de enunciados descriptivos que tiene contenidos implícitos normativos. Esto porque el ser humano viviente es autorreflexivo, por ende, responsable de su propia vida:

La viabilidad de la vida amenazada por el medio sólo la logra el hombre haciendo que esa vida ya no sea puramente biológica. Esto se logra haciéndose cargo de la realidad que nos circunda y haciendo positivamente que esa realidad circundante quede transformada para que se pueda llevar una vida humana (Ellacuría. 1991, 134).

La “responsabilidad” sobre la vida misma es la condición de posibilidad de la normatividad como tal (que puede ser enunciada por juicios descriptivos de contenido normativo). Esta normatividad puede ser implícita, como en el ejemplo citado. Pero se puede explicitar, esto sería fundamentar dialécticamente práctico materialmente, no por deducción lógico formal, juicios normativos de juicios de hecho.

En el ejemplo, el pasaje no se habría dado en 3 y 4 del silogismo, sino que está ya implícito en 1. Ya que ser viviente humano implica autoconciencia y responsabilidad, por ende el deber de tomar la propia vida a cargo.

Esto va en sintonía con lo que afirma Franz Hinkelammert, en el sentido que existe un tipo de juicio de hecho material concreto y práctico que es condición de posibilidad de los demás juicios tanto fácticos como normativos, que pasa por el criterio vida-muerte. Se trata de un juicio que se sitúa en el límite mismo del lenguaje, ya que sólo argumenta el viviente. Es decir, a diferencia de la racionalidad estratégica o instrumental, centrada en la relación medio-fin, la vida del actor no puede ser un medio o un fin más, ya que su muerte señala la imposibilidad de cualquier fin. En ese sentido es posible fundamentar un tipo específico de racionalidad, la racionalidad reproductiva que es condición de la racionalidad instrumental. De ahí que desde el punto de la racionalidad reproductiva el sujeto puede programar diversos fines posibles, excepto aquellos que tienen como resultado acabar con la vida. En ese sentido, el sujeto está atado por el circuito natural de reproducción de la vida humana que le pone el marco a los fines posibles a los que puede dirigirse o procurar. No puede desconocer la materialidad de la historia.

El criterio de verdad de este tipo de juicios es un criterio de vida o muerte. El viviente humano se caracteriza por:

- a) Tener su vida bajo un relativo control autoconsciente que hace que se responsabilice por su propia vida.
- b) Está constituido por una intersubjetividad que lo constituye subjetivamente, así la responsabilidad por su vida es necesariamente (con)vivencia: responsabilidad por y cooperación social con el otro.
- c) Participa desde su origen en un mundo cultural: símbolos, narraciones, instituciones, valores, normas, etc. (Dussel. 1998, 129-143).

Por eso el viviente humano es siempre un (con)viviente corporal necesitado que solamente puede reproducir su vida a través del lazo material, cultural, histórico que lo vincula socialmente y en el límite lo religa con la humanidad. Su individuación se da solamente a través de su socialización, y su subjetividad a través de la intersubjetividad,

esto porque socialización e intersubjetividad ponen las bases para el desarrollo completo de su personalidad, incluso en lo que pueda tener de original y única. De ahí que, a diferencia de otras éticas materiales, la ética que es el fundamento de la filosofía de la liberación debe articular la producción, reproducción de la vida con la alteridad en praxis sociohistórica (Rosillo Martinez. 2013, 66)

La vida humana en comunidad, es el modo de realidad del ser humano y, por ello, el criterio de verdad práctica y teórica. La reproducción y desarrollo de la vida humana es criterio de verdad, de verdad práctica (en tanto humana) y teórica (en tanto nos abrimos a la realidad desde el horizonte que la vida circunscribe como sus mediaciones de reproducción –desarrollo).

La racionalidad reproductiva busca entonces la necesaria reconciliación de dos dimensiones que en la actual Totalidad histórico social del sistema mundo moderno/colonial del capitalismo histórico están escindidas: racionalidad y vida. Están escindidas porque la racionalidad sesgada a lo estratégico e instrumental ha totalizado el circuito medios/fines centrándose en la eficiencia y en la eficacia para conseguir estos sin tener en cuenta su condición de posibilidad: la producción y reproducción de la vida. Ello es así porque la vida es antepredicativa: en ella participamos y recibimos en donación ese sentido del que no disponemos y que nos es dado. Solamente en ella podemos formular cualquier juicio (Scannone. 2009, 9).

3. El derecho como mediación de la (con)vivencia consensual

El derecho pertenece a la esfera de la vida práctica y relacional de los seres humanos: es una mediación de la (con)vivencia: y por tanto realidad compuesta por conductas humanas en alteridad social. Mundo jurídico donde se produce nuestra experiencia del derecho, términos que designan al fenómeno jurídico que nos resulta real y perceptible en nuestra vida práctica. Es una realidad humana y social: articula o compone al menos cuatro dimensiones: el de las conductas, el de las valoraciones, el de las normas y en todas ellas su historicidad. Su valor depende de su carácter mediador en la organización de la (con)vivencia consensual. Su forma histórica cultural es contingente en tanto producto cultural humano, histórico y diverso, pero su presencia es necesaria en tanto tal mediación. El derecho es entonces un campo práctico caracterizado por una normatividad abierta a la historia, la ética y la política. Por eso es un producto cultural que refiere a un proceso de reacción cultural.

Esta comprensión la hacemos desde la subsunción analógica de los principios de liberación desde un paradigma iusmaterialista, que comprende el derecho como las normas que permiten la convivencia consensual y factible jerarquizando los bienes, siempre culturalmente mediados, que permiten satisfacer las necesidades que hacen a la producción, reproducción y desarrollo de la vida. En tanto que sistema normativo de lenguaje codificado el derecho se comprende entonces desde un circuito no meramente hermenéutico, sino material/hermenéutico, ya que pese a toda la variabilidad y deriva cultural de la posibilidad de expresar en reglas y principios jurídicos un cierto reparto de potencias e impotencias de vida para el acceso a los bienes satisfactores de necesidades, finalmente existe una realidad referente material de esa proliferación simbólica del derecho. Material en el sentido de contenido (*materiel*) y no de materialismo vulgar.

En tanto mediación para un proyecto práctico moral e histórico, el derecho no se puede escindir y comprender por sí mismo, sino en su tensión relacional como tal mediación. Como explica Dussel en uno de sus primeros ensayos dedicados al tema, todo proyecto tiene exigencias para su realización. Las mediaciones o posibilidades exigidas para la

efectuación del proyecto son aquellas debidas o fundadas en el mismo proyecto. En ese círculo práctico moral se da la dimensión intersubjetiva que enlaza deberes y derechos en las mediaciones para la realización del proyecto. En esta comprensión, se articulan al mismo tiempo el derecho como orden objetivo y los derechos y deberes, como sus aspectos subjetivos:

El derecho es la referencia de la mediación necesaria para el cumplimiento del proyecto con respecto al sujeto. Es la referencia subjetiva de la mediación exigida, así como el deber es la referencia objetiva (hacia el proyecto) del sujeto hacia la mediación. El estatuto del proyecto funda el estatuto del derecho...El proyecto cultural de un sistema histórico pretende frecuentemente ser el del hombre absolutamente (Dussel. 2012, 147).

De ahí la politicidad del derecho, ya que se vincula con la distribución de poder dentro de la sociedad histórica que alberga el/los proyectos para cuyas realizaciones el derecho es mediación, necesaria pero históricamente contingente. No todo proyecto tiene poder sobre las mediaciones que lo realizan, el poder es la posesión efectiva de las mediaciones que realizan el proyecto, entre ellas el derecho vigente. Se abren entonces dos dialécticas, una entre derecho positivo o legalidad y poder o capacidad efectiva de realización del proyecto. El derecho “real”, “vivo” es el que existe como capacidad efectiva de realizar para un sujeto o sujetos la mediación del proyecto, más allá de la legalidad formal. Y la segunda, que tratamos y trataremos desde el punto de vista crítico, es entre el derecho de los grupos dominantes y el de los grupos dominados. La teoría constitucional y el nivel constitucional del derecho son importantes porque es donde más explícitamente se formulan discusiones y disputas sobre el proyecto y el círculo práctico moral, incluida la politicidad del derecho, vinculada a la distribución de poder entre los grupos sociales. Por eso, una vez más, recuperar el método político crítico en la teoría constitucional y en la reflexión sobre las prácticas constitucionales resulta fundamental.

Sintetizando, nos interesa vincular desde nuestra región la teoría constitucional con la filosofía de la liberación por un doble motivo, por una parte superar la idea de la separación entre derecho, moral y política desde una perspectiva relacional. En segundo lugar mostrar que una fundamentación del derecho en la ética es posible, sin recaer en el iusnaturalismo estático o ahistórico y al mismo tiempo dialogando con las teorías que reconectan derecho y moral especialmente en el nivel constitucional, -como el paradigma discursivo del derecho, el neoconstitucionalismo y el garantismo jurídicos-. Tercero y no por último menos importante, hacerlo desde una perspectiva descolonizadora y por ello radicalmente pluralista.

Las instituciones y la normatividad, son entonces mediaciones necesarias para poder (con)vivir. Suponen un fundamento material de la legitimidad y de la legalidad, aunque al mismo tiempo no niegan el elemento formal, de consenso procedimental sino que le dan un contenido más radical, en el sentido etimológico del término. Las instituciones son mediaciones necesarias generadas por la *potentia* de la pluralidad de voluntades de (con)vivir, siempre articuladas en alguna forma de consenso discursivo, simbólico, a través del imaginario social, que se da sus mediaciones organizativas en forma de tales instituciones, normas, etc.

A diferencia de la posición formalista que fundamenta lo institucional en la legalidad, y de la postura voluntarista ontológica a la manera de Carl Schmitt que lo fundamenta en la voluntad y decisión sin más contenido que el poder, Enrique Dussel

en su “Política de Liberación” enuncia una fórmula diversa de la legalidad legítima, como voluntad+racionalidad, materialidad+formalidad: “Sin legitimidad el poder no tiene forma; sin voluntad de vida el poder no tiene contenido, sin institucionalización el poder se disuelve en la imposibilidad de su ejercicio” (Dussel. 2009, 285).

Pero ese momento inicial instituyente, de diferenciación entre la *potentia* y la *potestas* que se va dando sus mediaciones organizativas, deja de ser un ideal regulativo y se transforma en una institucionalidad concreta, histórica, falible como lo es todo sistema, toda norma, toda concreción organizacional humana. La representación de la *potentia* por la *potestas* inevitablemente genera lejanía, equívocos, opacidad, distorsiones, dominaciones. Es el comienzo de todas las posibilidades liberadoras pero también de todos los peligros de la política, del riesgo de fetichización del poder, de la autoridad, como si fueran autorreferentes y autogenerados y no mediación organizativa autorizada por el consenso de la comunidad.

Los sistemas concretos democráticos intentan guardar legitimidad acercándose, de manera siempre parcial, imperfecta, diversa, a la identidad de representates/representados. Su forma, la manera en que asumen este contenido fundamental, su mayor o menor capacidad de despliegue de racionalidad reproductiva, como la de todas las mediaciones institucionales, son contingentes, históricas, siempre perfectibles, intercambiables, traducibles desde la memoria histórica que se sedimenta en experiencia y en prudencia. Fundamentalmente son radicalmente diversas y plurales.

4. ¿Cuál complejidad?

Uno de los efectos de la matriz de colonialidad en el campo de los saberes, es que bajo la excusa de adoptar un modelo de saber científico que se presume universal, racional, objetivo y que se calca en principio de la nueva física newtoniana, se plantea una relación con la naturaleza que la transforma en un objeto manipulable, medible, descomponible en multiplicidad de aspectos y desde diversidad de intereses de conocimiento y puesta en valor.

Este paradigma de la hiperespecialización y fragmentación objetiva, es trasladado después a las ciencias sociales nacies durante el siglo XIX y XX, con la consecuencia que se pierde el sentido de la totalidad. La sociología, la antropología, la filosofía, la ética, la economía y el derecho se fragmentan en disciplinas especializadas generando un efecto encubrimiento de la Totalidad y la pérdida de los saberes prácticos. Estas tendencias son acentuadas después de la segunda guerra mundial con el predominio en las ciencias sociales de la academia estadounidense a través del empirismo y el conductismo.

La última versión de esta idea sostiene que, cuanto más evolucionada y compleja sea la sociedad, la diferenciación funcional hace que los sistemas sociales diferenciados sean “autopoyéticos”: es decir, autogenerados y automantenidos. Y por supuesto las sociedades testigo de este proceso de diferenciación son las de modernidad tardía.

Pensar la lógica de la totalidad, y más aún hacerlo críticamente, sería como un síntoma de subdesarrollo cultural propio de intelectuales pertenecientes a sociedades menos complejas y diferenciadas. Este tipo de argumentaciones, es uno de los últimos *dictums* de la matriz de colonialidad epistémica que paradójicamente al mismo tiempo que hiperespecializa y fragmenta los saberes “competentes”, aleja la posibilidad de reflexión crítica sobre la complejidad de la totalidad autorreferente.

Incluso un pensador de la última generación de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, como es Jürgen Habermas, sostiene que frente a la diferenciación de los sistemas de acción social estratégica que funcionan a base de medios de comunicación deslinguistizados, como son el dinero y el poder, esto es: los sistemas económico y político administrativo, el único poder compensador que ancle su hipertrofia colonizadora puede ser la razón discursiva, que solamente encuentra su desarrollo pleno en la cultura liberal de las sociedades de capitalismo tardío (Habermas. 1998, 102-103). Por lo que cuestionar la totalidad autorreferente ya no es una tarea posible y su moderación (no digamos ya su transformación) sólo puede venir del propio centro de la modernidad como razón comunicativa que relance “las promesas incumplidas” de dicha modernidad.

Las sociedades son sin duda complejas y la forma de la complejidad también es diversa. Para ponerse en medio de la complejidad nada mejor que habitar, en un sentido fuerte, las situaciones y contextos de Nuestra América. Desde la exigencia de ese contexto y esas situaciones, sin negar sino asumiendo la complejidad, se hace evidente la urgencia de recuperar la relacionalidad de los saberes prácticos, como la ética, la moral, la política y el derecho. Pese a las tendencias fragmentadoras del *ethos*, el campo jurídico y en él, cumpliendo, entre otros, su papel de núcleo de sentido, el derecho constitucional, permite recuperar un efecto coherencia de los diversos campos prácticos para que no sean esferas totalmente autonomizadas, sino concurrentes al difícil logro de esa frágil condición que es supuesto antropológico de toda comunidad social: la organización de la convivencia consensual y factible.

Todo el campo jurídico, pero especialmente su nivel de discursos y prácticas constitucionales, y en tanto el derecho constituye una regulación normativa de los ámbitos de convivencia consensual y factible relevantes, contiene descripciones, prescripciones, programaciones de políticas, fines de contenido político, económico, ecológico, cultural, etc. Estos aspectos no están solamente relacionados como campos prácticos externos al mundo jurídico, sino que están en cierta forma incluidos en el mundo y en la experiencia jurídica. De este hecho dan cuenta los análisis en el plano de la teoría y del derecho constitucional acerca de la “constitución económica”, la “constitución ecológica”, etc., que muestran la apertura analógica del campo jurídico, comenzando por la programación y prescripción constitucional a los demás campos que hacen al analogado principal de todos ellos: la convivencia consensual y factible.

La etimología misma del término constitución viene del latín *cum instituere* “instituir con”, instituir en conjunto, connota una actividad que tiene un umbral de comunalidad o de carácter compartido y que consiste en darse las mediaciones institucionales para la convivencia. Instituir es entonces lo contrario de destruir o destituir, supone un componente afirmativo que se plasma en lo organizativo como mediación para la convivencia. Implícitamente, supone el poder vivir en conjunto, al menos de los miembros del “grupo juramentado”, un umbral mínimo de consensualidad y la puesta de las mediaciones para su factibilidad ya que el acto de constituir pretende estabilizarse y una cierta duración en el tiempo como condiciones de vigencia y eficacia en el medio social.

Por lo tanto el campo semántico del verbo constituir y del sustantivo constitución, remite siempre a ese punto del derecho en que se articulan los componentes políticos y éticos, el *ethos*, que expresan una voluntad de convivencia que pretenden una consensualidad y factibilidad básicas. Situándonos en un plano arquitectónico, esto

siempre supone históricamente un motor constituyente que consiste en una situación fáctica de poder/es, y ello independientemente de la forma que a continuación tome esa constitución: desde los factores reales de poder instituyentes, lo jurídico formal, etc., en síntesis, de su fórmula política que señala el grado de consensualidad y que se mueve entre los extremos de la constitución oligárquica y la constitución democrática.

Así, no existe constitución en el sentido moderno, racional normativo del término, que no incorpore implícita o explícitamente principios y reglas jurídicos que tiene que ver con la convivencia consensual y factible de la comunidad, que no articule también una simbólica consistente en valores y que puede reconstruirse a posteriori con la metodología de los tipos construidos como imágenes rectoras constitucionales, que no articule narrativas acerca del origen, de la fundación (lo *tremendum fascinosum*) o que se defina por contraste a aquellas situaciones traumáticas en la memoria histórica de una comunidad (lo *tremendum horrendum*) (Etxeberria Mauleon. 1994, pp. 245-274), articulando desde allí un *a priori* antropológico, un nosotros, un legado (Roig. 2009, p.9) y para eso desplegando una cierta economía entre simbólicas de simetría explícitas y simbólicas de asimetría implícitas, que marca la continuidad histórica de los procesos de identificación de una comunidad política en su convivir consensual y factible, tanto como el campo de apertura admisible en el programa constitucional.

5. Constitución oligárquica vs. Constitución democrática

Cabe aclarar que, por supuesto, sin restar importancia al momento procedimental formal de la generación de un consenso o legitimidad en el grupo que instituye, cuando hablamos de la convivencia todavía lo estamos haciendo en un plano material. Usualmente se entiende por convivir y convivencia algo así como la tolerancia entre individuos y grupos, como una actitud de apertura y pluralismo “políticamente correctas”, por ejemplo, la convivencia entre grupos culturales diversos. Pero aquí lo estamos haciendo desde la necesidad de poder reproducir y desarrollar la vida del grupo social, comenzando por el grupo que instituye. Nuestro concepto supone entonces un sentido más radical del (con)vivir: poner en conjunto las mediaciones, que permiten la vida de los miembros del grupo social.

Es en este preciso sentido, por ejemplo, en que Arturo Sampay, un viejo constitucionalista social “pasado de moda” en Argentina para la teoría constitucional dominante, tanto como para la progresista, distingue las constituciones posibles, desde el quiénes y el para qué del instituir en conjunto por un grupo social, entre los extremos de la constitución oligárquica y la constitución democrática. Parte Sampay de la definición aristotélica de constitución (*politeia*): La constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es la clase social dominante en la comunidad y de cuál es el fin asignado a la comunidad por la clase social dominante. Como la clase social que ejerce el gobierno conforma el régimen político, resulta que constitución y clase social dominante significan lo mismo. En principio entonces Sampay parece ubicarse en una concepción realista de la constitución, similar a la que plantea Lassalle en su célebre texto “¿Qué es una constitución?”: se trata de los factores reales de poder existentes en una sociedad, y la constitución jurídica formal escrita será eficaz si es funcional a esa “constitución real”, o de lo contrario será una “hoja de papel”.

Pero nos interesa mostrar que Sampay no se limita a un mero juicio descriptivo de la realidad. Si la clase dominante fija el fin de la comunidad, corresponde examinar cuál es el fin verdadero, porque desde allí se puede valorizar la constitución real establecida,

y por ende la constitución jurídica vigente. Y a ese fin verdadero o “natural”, criterio de juicio evaluativo sobre las relaciones de poder existentes que son el fundamento de la constitución jurídica, lo resume de la siguiente manera:

el fin natural de la comunidad, y de la Constitución que la estructura, es conseguir que todos y cada uno de los miembros de la comunidad, a través de los cambios de las cosas y servicios, obtengan cuanto necesiten para estar en condiciones de desarrollarse integralmente acorde con su dignidad humana”, o sea “la justicia”. Y ello porque la igualdad y también la “más profunda disposición del ser humano inclínalo a actuar con miras a que todos y cada uno de los miembros de la comunidad gocen de autarquía de bienes, porque el hombre tiene conciencia de que es amigo del hombre, a no ser que la necesidad o el vicio le cieguen ese conocimiento moral innato y lo transfiguren en lobo” (Sampay. 1974, 73).

Agrega que la más alta expresión de la justicia en la contemporaneidad,

“sólo es alcanzable en una convivencia humana socializada al extremo como la nuestra y cuyo trabajo es de inmenso rendimiento”, y a continuación define el criterio de justicia “cada uno debe dar a la comunidad cuanto le permite su capacidad productora y debe recibir según la cantidad y calidad de lo que aporta a la sociedad y según sus necesidades cuando la comunidad le puede dar acorde con la fuerza productiva global de la misma, Evidentemente, así considerada, la justicia llega a tener naturaleza de amistad, virtud interpersonal que consiste en hacerse los sujetos el bien por pura benevolencia” (1974, 64).

Aquí Sampay despliega un principio de justicia que parece navegar entre los dos mencionados por Marx, correspondientes a la fase socialista, y a la fase comunista, respectivamente, en la “Crítica del programa de Gotha” (Marx, en Marx y Engels. 1973, pp. 424-425), uno de los pocos documentos en que el filósofo crítico de Tréveris incursiona expresamente en tal tipo de formulaciones normativas, que hoy podríamos denominar “morales” en tanto proporcionan juicios o criterios de justicia. Lo que no transforma a Arturo Sampay en marxista, sino que muestra el profundo conocimiento que tenía Marx de la filosofía aristotélica.

Para efectuar tal principio de justicia, sigue el *sui generis* constitucionalista que estamos glosando:

...hay que ordenar los medios de producción con que cuenta la sociedad; y para que se realice tal ordenamiento, los ciudadanos deben participar pasiva y activamente en el gobierno de la comunidad, porque, en las actuales circunstancias los **carentes de justicia** son los agentes aptos y óptimos para instaurarla y afianzarla” (1974, 76).

Y un poco más adelante en el mismo texto afirma como factor de avance de la justicia: “la conciencia jurídica social, que consiste en la exigencia de la gente respecto a las condiciones de vida que en la ocasión histórica son posibles, y que en consecuencia **le son debidas**”. Existe entonces una inexorable lucha histórica por la realización de la justicia que se va abriendo camino en la medida en que tal “conciencia jurídica social” se afirma desde los “carentes de justicia” cuando descubren “la imperfecta composición de la sociedad y las desiguales condiciones de vida que los aquejan”. Cuando la clase dominante, y en consecuencia constituyente de la comunidad política organiza el manejo de la actividad social, el manejo de los bienes de producción y la distribución de los bienes de consumo materiales y culturales con miras al provecho exclusivo de sus componentes estamos ante la “constitución oligárquica”:

Si la constitución es impuesta por la clase de los ricos, clase minoritaria por tanto, y ésta invierte en su utilidad todo lo que pertenece a la comunidad, se tiene una constitución oligárquica, que considera como expresión de la justicia el conjunto de leyes que dicha clase dicta a tenor de sus intereses, pues estima que “lo debido a cada uno” es el derecho absoluto de los propietarios a disponer de los bienes sociales. Esta es la justicia oligárquica en el vocabulario de Aristóteles...(1974, 69).

Pero esta situación es inestable en la estimativa de Sampay, porque o bien la situación se trata de estabilizar por medio de la ideología justificadora de tal estado de cosas, o por la violencia, o una combinación de ambas, o bien de “la obstinación de la clase constituyente en resistir la transformación de la Constitución, dimana el reemplazo revolucionario del régimen político” (1974, 68).

Nuestro autor va mostrando que lejos de ser un constitucionalista apenas realista, como se lo ha descripto frecuentemente en la doctrina constitucional, se trató, además del arquitecto de la primera constitución social y democrática de Argentina (Constitución de 1949), de un jurista crítico y de aguda formación filosófica al mismo tiempo que comprometido con su situación histórica. Además es evidente que sus análisis no carecen de actualidad y hasta de urgencia. Recientemente Gerardo Pisarello en su libro “Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático”, retoma la distinción de Arturo Sampay, pese a que desafortunadamente no lo cita en la introducción de su texto, donde introduce la médula de su planteo, que guía toda la narración tensa de la historia del constitucionalismo que lo atraviesa, para criticar el “asalto oligárquico a la democracia”, por el que “los componentes formalmente sociales y democráticos han ido cediendo a un entramado de poder, materialmente constitucional, cada vez más oligarquizado y elitista”. Agrega, que en la situación actual, más allá de la extensión del principio formal de la democracia constitucional,

el juicio sobre el grueso de las democracias realmente existentes debería ser bastante menos optimista que en las versiones convencionales. Muchas de ellas, de hecho, deberían verse como regímenes con numerosos componentes antidemocráticos, esto es, como democracias demediadas, de baja intensidad. O, si se prefiere, como regímenes mixtos en los que el principio democrático va a remolque del principio oligárquico y en los que las libertades públicas sólo se aceptan siempre que operen con moderación, sin exceso, es decir, sin capacidad alguna para imponer límites y controles suficientes a los grandes poderes del mercado” (Pisarello. 2011, 11).

Para agregar a continuación una serie de interrogantes

¿Qué significado tienen, en efecto, expresiones como soberanía popular o “un hombre, un voto”, cuando sólo veintidós estados tienen un PIB más alto que algunas de las seis primeras grandes empresas transnacionales? ¿Qué gobierno de las mayorías puede aspirar al nombre de tal cuando decisiones básicas de la vida cotidiana dependen de minorías sin legitimidad representativa alguna, como los grandes organismos financieros, ciertas instancias supuestamente “técnicas”, como los bancos centrales o las agencias de calificación de deudas? ¿Qué valor exacto adquiere el derecho formal a votar cuando se vive en condiciones de precariedad laboral o existencial, el acceso a los medios de comunicación es limitado o inexistente, y los principales partidos políticos están fuertemente subordinados a oligarquías financieras libres de todo control? (2011, 15).

Las extensas citas se justifican para mostrar que tanto Arturo Sampay en su momento, como en la actualidad Gerardo Pisarello, están enunciando juicios críticos acerca de los sistemas constitucionales empíricamente existentes. Expresamente, de la construcción del primero, surge una fundamentación iusmaterial, que pasa por la justicia en la organización de, y el acceso a, los “medios de vida”. Se trata de un juicio crítico no meramente democrático procedimental, sino orientado por un criterio material. No puede haber constitución democrática sino desde el poder de los privados de medios de vida, que son por lo tanto, los “privados de justicia”. Y el poder es en primer lugar un poder (con)vivir desde el que se funda materialmente la posibilidad de todo consenso. Según sea el grupo y los fines ese momento primero determina el carácter del acto de instituir, del *cum instituere*, ¿instituir con quienes y para qué? Determina esa decisión todo un régimen de inclusiones y exclusiones y el carácter de la constitución como estatuto del “grupo juramentado” que resulte de ese acto. No hay posibilidad de saldar ese conflicto previo desde ningún experimento mental ni modelo de comunicación ideal que lo ponga entre paréntesis.

6. Constitución material y justicia

Creemos que este tipo de juicios críticos materialmente orientados acerca de los sistemas constitucionales empíricamente existentes, gana solidez y claridad de fundamento, adoptando el criterio de la filosofía de la liberación: producción y reproducción de la vida, en forma consensual y factible. Se trata de un tipo de juicios críticos, necesarios para abordar el campo de problemas que, tanto las experiencias de constitucionalismo transformador que se están dando en nuestra región, como la ofensiva contra el constitucionalismo democrático que denuncia Pisarello, plantean. Los hemos glosado en extenso (a Sampay, y a Pisarello, que retoma el concepto de “constitución oligárquica” en las condiciones actuales de ofensiva neoliberal contra el constitucionalismo democrático), porque sus párrafos son ejemplificativos del carácter material del concepto de (con)vivencia que estamos adoptando como criterio para juicios evaluativos acerca de la justicia de las constituciones. Se trata de juicios de justicia acerca de la constitución (en sentido material) basados en el criterio de la racionalidad reproductiva consensual y factible.

Franz Hinkelammert, aborda esta misma cuestión, no refiriéndose directamente a los sistemas constitucionales, pero sí a dos de sus componentes principales: derechos humanos, que aquí por convención podemos denominar “derechos constitucionales”, en tanto ahora nos interesan los derechos como son concretizados en el sistema constitucional y “relaciones de producción”, es decir, lo que Sampay refería como “el ordenamiento de los medios de vida”. Para Hinkelammert, el acceso a los bienes materiales forma una condición de posibilidad para el cumplimiento de cualquier acción humana, y por lo tanto para el cumplimiento de los derechos humanos también.

Todas las teorías acerca de la democracia desembocan en la designación de las relaciones de producción como el principio de jerarquización del conjunto de los derechos humanos. Los derechos humanos resultan ser modos de vida y no simplemente estipulaciones valóricas que se pueden considerar fuera de la vida humana concreta, corporal y material (Hinkelammert. 1990, p.138).

En un texto más reciente, Hinkelammert, junto a Henry Mora, establece un diagnóstico crítico acerca de la globalización, en tanto que estrategia de acumulación de capital a escala mundial que totaliza la institución mercado, como tendencia contraria a los derechos humanos de los sujetos corporales necesitados en el Estado de Derecho: su

reducción y degradación de la mano del vaciamiento de las funciones económicas y sociales del estado y postula la necesidad de la reapropiación crítica de ambos términos:

Los movimientos de liberación de los siglos XIX y XX vieron el Estado desde lo económico, pero hoy ese punto de vista debe cambiar. Hoy debemos ver lo económico desde la problemática de los derechos humanos y de su introducción en el Estado de derecho...En el fondo, se trata de un proyecto de liberación: liberarse del sometimiento ilimitado a la economía...la libertad humana de someter las instituciones a sus condiciones de reproducción de la vida (Hinkelammert y Mora Jimenez. 2005, pp.418-419).

Los derechos constitucionales, en esta mirada, tienen como uno de sus principales marcos de factibilidad: a) el producto social y b) la justicia distributiva de bienes de producción y de consumo, tanto materiales como culturales. En el constitucionalismo a las normas constitucionales (reglas y principios) relacionadas a la producción y a la distribución económica, a partir de la etapa de constitucionalismo social, se las denomina constitución económica. A nuestro criterio, esta denominación resulta limitada, nos convence más el uso que hace Arturo Sampay del término constitución material ya que la misma anuda las cuestiones acerca del ordenamiento de los medios de vida y la justicia distributiva con el problema de las relaciones de poder entre los grupos sociales, permitiendo hacer un juicio crítico acerca de la racionalidad reproductiva consensual y la factibilidad del sistema constitucional.

Este concepto material de constitución entonces tiene la ventaja de: a) abarcar por un lado los aspectos que hacen a la racionalidad reproductiva del sistema constitucional, no sólo la constitución económica, sino también la constitución ecológica, todos los aspectos, en fin, que hacen a las condiciones de reproducción del circuito natural de la vida de los miembros de la comunidad y b) los aspectos de las relaciones de poder dimanantes, que hacen al carácter más o menos democrático de la constitución. Brinda un conjunto de nociones para contextualizar críticamente la constitución jurídica y su funcionamiento en el sistema constitucional, que abarca como ella es desarrollada a través de la interpretación constitucional, reglamentada legislativamente, plasmada en programas y políticas, es decir, las variadas formas de concretización constitucional de su contenido.

Al mismo tiempo, las relaciones de producción condicionan esas dimensiones, actuando como principio implícito o explícito de la valoración jerarquizada de los derechos humanos. De esta forma se generan criterios críticos que permiten discernir el hecho equívoco de que sistemas constitucionales y regímenes políticos tan diversos, reivindiquen, todos, la universalidad de los derechos humanos y de la democracia. Aquí evidentemente, los juicios críticos acerca de la racionalidad reproductiva, consensual y factible como los que proponen Hinkelammert y Dussel en esos sistemas constitucionales permiten hacer distinciones en la confusión de estas “constituciones oligárquicas”, “regímenes mixtos”, o “democracias demediadas”. Es que la teoría constitucional hegemónica parece lastrada desde un cuádruple frente que la ha alejado de la consideración de la racionalidad reproductiva consensual y factible de la constitución real y por ende, de una consideración más problematizadora de la constitución jurídica. Esos cuatro lastres son: unos marcos teóricos adoptados acríticamente para los modelos y las comparaciones constitucionales desde las teorías europeas y “usamericanas” aplicadas sin esfuerzo de contextualización suficiente para evaluar los problemas del constitucionalismo regional, una teoría de la democracia desvinculada de las condiciones de vida y de igualdad social que se afirmó a la largo del

siglo XX y se consolidó en América Latina con las “transiciones” y la hegemonía del neoliberalismo, una teoría del derecho analítica-positivista dominante en la dogmática latinoamericana que pretende erigir murallas de separación entre el derecho y los otros saberes prácticos como la ética y la política, y el postmodernismo cínico o celebratorio con sus posiciones postfundacionalistas. En todo caso, esta teoría constitucional adolece de serios problemas a la hora de comprender críticamente tanto el ataque neoliberal al constitucionalismo democrático, como los alcances y debates que genera la experiencia del nuevo constitucionalismo transformador en nuestra región.

Por otra parte, utilizar el criterio material, supone al mismo tiempo fundar una teoría constitucional que se basa en las luchas sociales que generaron intentos y procesos de reconstituyente popular en América Latina, desde los procesos de independencia y formación de los estados nacionales en la región. Estos momentos de constitucionalismo popular son escasos pero significativos y generalmente son ignorados o relegados por la historiografía y la teoría constitucional dominante.

La crítica se articula entonces desde la experiencia histórica de la lucha de los “sin justicia”, pasando así decididamente al campo de la analéctica constitucional: desde la víctimas oprimidas, excluidas de las condiciones de poder desarrollar su vida e incluso siquiera de reproducirla, y por supuesto del consenso constitucional, que con su presencia demuestran además de la injusticia, la no factibilidad del sistema constitucional por defectivo.

Desde esta perspectiva crítica, situados estos marcos conceptuales en el contexto de sociedades complejas como las de nuestra región, la homología estructural de los campos sociales, que es efecto principalmente del campo político y también del jurídico, tiene que ver no con la evolución y la diferenciación funcional, como sostiene la sociología jurídica conservadora y eurocéntrica, sino con la dominación y la opresión. Se trata de la experiencia de otro tipo de complejidad social que surge del pluralismo de formaciones sociales donde se hacen presentes la matriz de colonialidad del poder (Quijano en Palermo y Quintero. 2014) y el dispositivo de blanquitud (Bolívar Echeverría. 2010). La complejidad social no es una variable del grado de evolución y diferenciación social, teniendo como referencia las sociedades tardomodernas occidentales, sino que las complejidades son diferentes a un lado y otro de la línea abismal de la diferencia colonial (Chatterjee. 2008). El nivel constitucional del campo jurídico se ve afectado, deslegitimado y deberá explicitar, de una forma u otra, por ejemplo, como violencia y criminalización de la protesta social, la conflictividad vinculada a la anadialéctica de los sujetos sociales y políticos que deben ahora ser tenidos en cuenta, aunque sea en forma negativa, en los discursos constitucionales por no poder vivir, por ser excluidos de la comunidad política, de la comunidad de intérpretes de la constitución.

El poder constituyente formal, viene formateado, condicionado por el carácter de los sujetos y de los poderes que integran ese grupo dominante constituyente que deviene “grupo juramentado” y por la decisión, como diría Carl Schmitt, que tomen acerca de la forma política de la organización de la convivencia consensual y organizada. Se trata del momento instituyente en que se diferencia la *potentia* de la comunidad política en *potestas* (Dussel. 2009, 259-262), que es condicionante del ejercicio del poder constituyente originario formal y del carácter de la constitución resultante.

De ahí, que articulando los aportes de Aníbal Quijano acerca de la matriz de colonialidad del poder y los de Bartolomé Clavero (2007, 87-105) acerca de la historia

constitucional de los poderes nominados e innominados, podemos decir que generalmente los procesos constituyentes de contenidos liberales y/o conservadores durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX en América Latina, han estado condicionados por esa matriz de poderes fácticos innominados y han generado constituciones oligárquicas, cuyas declaraciones de derechos y garantías han resultado en la experiencia de los “sin justicia”, meramente simbólicas. Esto con escasas pero notables excepciones que hacen a genuinos intentos o a procesos constituyentes radicales que fueron precedidos por la irrupción de los grupos subalternizados y la conformación previa del bloque social de los oprimidos.

Bibliografía

- Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, San Luis Potosí, UASLP, 2007.
- Chatterjee, Partha. *La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos*. Buenos Aires, CLACSO-Siglo XXI, 2008.
- Clavero, Bartolomé. *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madrid, Trotta, 2007.
- Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, Zavalía, 2011.
- Constitución de la República de Cuba*, La Habana, Asamblea Nacional del Poder Popular, 2003.
- Constitución Española-Krisipen Sersení*, Barcelona, Nevipens Romaní, 1988.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México D.F, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, U.P.S. editorial, 2011.
- Constituição da Republica Federativa do Brasil*, Curitiba, Juruá, 2011.
- Dussel, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid, Trotta, 1998.
- Dussel, Enrique, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2001.
- Dussel, Enrique, *Política de liberación. Vol. II*, Madrid, Trotta, 2009.
- Dussel, Enrique, *Praxis latinoamericana y filosofía de la liberación*, Buenos Aires, Docencia, 2012.
- Echeverría, Bolívar. *Modernidad y blanquitud*. México D.F., Era, 2010.
- Ellacuría, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, Madrid, Trotta, 1991.
- Etzebarria Mauleón, Xavier, *Los derechos humanos desde Paul Ricoeur*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1994.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 1998.
- Hinkelammert, Franz y Mora Jiménez, Henry, *Hacia una economía para la vida*, San José, DEI, 2005.
- Hinkelammert, Franz, *Democracia y totalitarismo*, San José, DEI, 1990.
- Hinkelammert, Franz, *El retorno del sujeto reprimido*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Marx, Carlos, “Crítica del programa de Gotha”, en Carlos Marx y Federico Engels, *Obras escogidas, tomo V*, Buenos Aires, Ciencias del Hombre, 1973.
- Palermo, Zulma y Quintero, Pablo (comps.) *Anibal Quiján., Textos de fundación*. Buenos Aires, Eds. Del Signo, 2014.
- Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta.

Roig, Arturo Andrés, *Teoría y crítica del pensamiento latinoamericano*, Buenos Aires, Una ventana, 2009.

Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*. México D.F., UASLP-Itaca, 2013.

Salamanca, Antonio, *Filosofía de la revolución. Filosofía para el Socialismo en el siglo XXI*, San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos de SLP, Facultad de Derecho, UASLP, 2008.

Sampay, Arturo, *Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Cuenca, 1974.

Scannone, Juan Carlos, *Discernimiento filosófico de la acción y pasión históricas. Planteo para el mundo global desde América Latina*, Barcelona, Anthropos-Universidad Iberoamericana, 2009.