

Constitutionalismo sin Constitución, pluralismo sin pluralidad. Una réplica a Paola Andrea Acosta Alvarado**

SUMARIO

Introducción. 1. De qué hablamos cuando hablamos de modelos analíticos. 2. De gobernanza a constitucionalismo. 3. Pluralismo constitucional. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

En esta edición de la *Revista de Derecho del Estado*, Paola Andrea Acosta Alvarado comenta un artículo de mi autoría, publicado en esta misma Revista hace algunos meses. En esencia, ACOSTA ALVARADO comparte mi descripción de la dinámica de interacción entre el derecho nacional y el sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, cuestiona el carácter exhaustivo de los dos modelos analíticos que propongo. Mientras que yo sugiero que la dinámica de interacción puede ser leída como una expresión de constitucionalismo interamericano, de una parte, o como una expresión de pluralismo jurídico, de la otra, la comentarista afirma que estos dos modelos no agotan las posibilidades de lectura, y propone una visión complementaria: el pluralismo constitucional.

En esta réplica, mi objetivo es reaccionar de manera breve a los valiosos comentarios de ACOSTA ALVARADO. Comenzaré aclarando mi posición respecto a los dos modelos analíticos que propongo en mi artículo original. Con posterioridad, exploraré la defensa que hace la comentarista del constitucionalismo internacional. Finalmente, cuestionaré la idea de que el pluralismo constitucional no es ni pluralista, ni constitucional, sino algo diferente.

1. DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE MODELOS ANALÍTICOS

El comentario parecería dar a entender que mi visión sería la de proponer un “escenario monista en el que el derecho internacional de los derechos huma-

* Profesor y Director del Área de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes. Doctor en Derecho (*eximia cum laude*), LL.M (*laudatur*), Universidad de Helsinki. Abogado y especialista en Economía, Universidad de los Andes. Contacto: [rf.uruena21@uniandes.edu.co].

** Fecha de recepción y aceptación: 3 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Urueña, R. “Constitutionalismo sin Constitución, pluralismo sin pluralidad. Una réplica a Paola Andrea Acosta Alvarado”, *Revista Dercho del Estado*, N° 13, 2013, pp. 369-376.

nos es jerárquicamente superior a los ordenamientos constitucionales y, por lo tanto, la Convención Americana funge como documento constitucional y la CorteIDH como superior jerárquico de los tribunales nacionales”. Esta aproximación es un buen punto de entrada para describir la intervención que pretende hacer mi artículo, lo cual permitirá aclarar mi posición respecto de los dos modelos analíticos que propongo.

En general, las contribuciones al debate sobre constitucionalismo global son tradicionalmente de dos tipos: descriptivas y normativas. De una parte, los aportes descriptivos buscan argumentar que hay una realidad emergente en el ejercicio del poder global, la cual llaman “constitucionalismo”. A este grupo de autores pertenecen, por ejemplo, quienes sostienen la existencia de una cierta dinámica sociológica global a través de la constitucionalización de subsistemas sociales (como GUNTHER TEUBNER), o quienes observan en la transformación de ciertas instituciones internacionales (como la ONU o la OMC) un proceso de constitucionalización (p. ej., en el trabajo de Bardo Fassbender, Deborah Cass o ERIKA DE WET). De otra parte, otros autores sostienen las virtudes normativas del constitucionalismo. Desde esta perspectiva, es deseable que existan ciertos valores intangibles en el ejercicio del poder global, y estos valores serían valores “constitucionales”. Así, por ejemplo, los derechos humanos, la dignidad humana o las normas imperativas del derecho internacional cumplirían esta función.

Mi posición no se enmarca en ninguna de estas perspectivas. Mi interés es explorar la forma en que los practicantes del derecho internacional de los derechos humanos en América Latina han leído los cambios que ha vivido la región en términos de interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional. Así, a pesar de lo que sostiene Acosta, mi artículo no defiende las virtudes de un constitucionalismo interamericano, sino más bien argumenta que ese es uno de los prismas a través de los cuales los juristas de la región han leído su realidad. Esa es, si se quiere, una de las narrativas disponibles –y es, de hecho, la narrativa dominante. De esta forma, el constitucionalismo interamericano forma parte de la conciencia jurídica de nuestro momento: es un repertorio de normas, doctrinas, instituciones y sensibilidades argumentativas que permite a los juristas de la región generar cierto tipo de argumentos.

La otra narrativa, cuya existencia describo en mi artículo, es el pluralismo. Esta narrativa también forma parte de nuestra conciencia jurídica: nuevamente, el pluralismo implica una serie de normas, doctrinas, instituciones y sensibilidades argumentativas que permiten generar cierto tipo de argumentos. La idea es que el constitucionalismo y el pluralismo son narrativas que están en competencia. La realidad jurídica en América Latina es leída por algunos como una manifestación de constitucionalismo, haciendo énfasis en problemas de jerarquía jurídica y en las dinámicas de integración de normas internacionales en el derecho nacional. Por su parte, esa misma realidad es leída por otros

como una manifestación de pluralismo, haciendo énfasis en heterarquía jurídica, fragmentación normativa y diversidad en la interpretación del derecho.

Mi argumento no es descriptivo, ya que no busca sostener que existe, de hecho, un constitucionalismo o un pluralismo interamericano, y que todo aquel que no “vea” esta realidad estaría equivocado. De igual forma, mi argumento tampoco es normativo, ya que no sostiene que sería “bueno” o “malo” que hubiese un constitucionalismo o un pluralismo interamericano. Mi argumento busca describir estas claves narrativas, y explorar quién gana y quién pierde con cada una de ellas. Si se quiere, el artículo busca describir dos complejos aparatos ideológicos, institucionales y jurídicos (el constitucionalismo y el pluralismo) y resaltar sus implicaciones en términos de redistribución de poder en la región. ACOSTA ALVARADO resalta que mi artículo deja abierta la pregunta de cuál es el mejor modelo para abordar las relaciones entre los diversos niveles que componen el aparato de protección regional de los derechos humanos. Esto es cierto, y obedece al tipo de intervención académica que el texto pretende hacer: mediante su descripción (constitución o pluralidad, jerarquía o heterarquía) cada uno de los prismas crea su propia realidad, y luego la evalúa normativamente. Por lo tanto, ninguno de los dos puede ser “mejor”: no puede ser una mejor descripción, porque cada uno crea el objeto que describe, y tampoco puede ser una mejor fórmula normativa, porque cada uno parte de criterios diferentes para su análisis normativo. Por lo tanto, son incomparables.

Sin embargo, usar estos modelos analíticos implica un ejercicio de poder. Describir la interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional en la región como una “constitución” o como una “pluralidad” genera el reconocimiento de legitimidad para ciertos ejercicios de poder (p. ej., la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) e implica también invocar el poder normativo del derecho para respaldar esta opción política. Por tal motivo, más que decidir cuál prisma analítico es “mejor”, la intervención académica relevante es explorar quiénes son los ganadores y los perdedores de adoptar cada una de estas opciones. Mi texto no parte de la premisa de que estos modelos analíticos son políticamente neutros, ni de que el trabajo del jurista es descubrir cuál es más “ajustado” a la realidad. Por el contrario, el texto se trata de mostrar que no son políticamente neutros, sino narrativas alternativas, las cuales tienen implicaciones en términos de distribución de poder.

2. DE GOBERNANZA A CONSTITUCIONALISMO

En este marco, tiene sentido entender la interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional en la región como una gobernanza multinivel de los derechos humanos. ACOSTA ALVARADO sugiere que tal dinámica no se trata de gobernanza, sino de un verdadero esquema de constitucionalismo multinivel. Creo que esta estrategia oscurece la opción política subyacente en leer una

realidad como un problema de constitucionalismo. En esta sección, explicaré qué quiero decir con esto.

Partamos del hecho de que la presente no es una simple cuestión semántica. Como explico en mi artículo, la idea de gobernanza permite considerar las diferentes posibilidades narrativas, y permite tomar una distancia crítica respecto a ellas. Esto es, permite ver que una posible interpretación de gobernanza multinivel es el constitucionalismo, otra puede ser el pluralismo, y es posible analizar si cada una de esas formas de ejercicio de poder es legítima. Por el contrario, leer este ejercicio de poder como un *constitucionalismo* multinivel nos niega estas dos posibilidades: de una parte, esta lectura se alinea con una lectura específica (el constitucionalismo); y, de otra, esta lectura limita la posibilidad de ser crítico respecto a la misma.

Es importante profundizar en este último tema. A pesar de las pretensiones descriptivas de un sector del debate de constitucionalismo global, la realidad es que el término “constitucionalismo” tiene importantes implicaciones normativas que no pueden ser ignoradas. Así, invocar la noción de “constitucionalismo” para describir lo que es, en la práctica, un complejo proceso de interacciones políticas entre actores nacionales e internacionales tiene el efecto de excluir otras posibles lecturas que chocan con esta lectura. ¿Cómo se da esta exclusión? Pues bien, el concepto de “constitucionalismo” no es vacío: por muy diversas que puedan ser sus acepciones, el concepto de constitucionalismo implica, por lo menos, la idea de una norma jurídica, jerárquicamente superior a otras normas jurídicas, a la cual debe sujetarse el ejercicio del poder público. Esta es una lectura concreta del papel del derecho en la sociedad, la cual excluye otras lecturas: por ejemplo, impide que consideremos el papel del derecho en la formación y la perpetuación del poder que, se supone, la “constitución” limita. Es decir, hablar de constitucionalismo y hablar, al mismo tiempo, de que el poder público no debe sujetarse a la constitución, parecería una contradicción en términos.

Por supuesto, es posible afirmar que no hay nada de malo en que exista una norma jurídica, jerárquicamente superior a otras normas jurídicas, a la cual debe sujetarse el ejercicio del poder público. Yo estaría de acuerdo con esa afirmación. Mi argumento es que tal afirmación consiste en un juicio normativo, el cual no es neutro. Así, afirmar que la interacción entre derecho nacional e internacional en América Latina constituye especie de constitucionalismo multinivel es, de hecho, la manifestación de una plataforma ideológica –una plataforma con la cual el lector puede estar o no de acuerdo, pero que implica, sin duda, una fórmula específica de redistribución de poder.

Ahora bien, esta opción de redistribución de poder se cubre por un manto de legitimación implícito en el concepto de “constitución”. Es decir, no se trata solamente de que la idea de constitucionalismo multinivel implique una opción ideológica. Adicionalmente, esta opción invoca para sí la legitimidad implícita en definir un arreglo político como una “constitución”. De la misma

forma en que el derecho genera, en sí mismo, una carga de legitimidad, el hecho de que se describa una cierta realidad política como una “constitución” implica, en sí mismo, un llamado de legitimidad.

Considérese la situación del que sale desfavorecido por la distribución de poder que ACOSTA ALVARADO llama “constitucionalismo multinivel”. Como explico en mi artículo, de este arreglo salen perdiendo los grupos políticos de base, con pocos conocimientos jurídicos, y salen también perdiendo quienes tienen poco acceso a las redes transnacionales de activismo en derechos humanos. Si alguno de estos grupos busca cambiar el arreglo específico de poder del que resulta perdedor, ¿querría esto decir que está implementando una estrategia anticonstitucional? Esta lectura parecería demasiado radical. Pero ese es, precisamente, el problema con invocar el término “constitución” para describir un arreglo de poder: su poder simbólico y normativo es tal que condenamos a todos los que se oponen a ser, no solamente contrincantes en el marco del juego político, sino verdaderos actores anticonstitucionales.

3. PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Parte del argumento de la comentarista se centra en presentar una lectura alternativa a las dos categorías que mi artículo propone. Mientras que mi texto sugiere una dicotomía entre lecturas constitucionales y lecturas pluralistas, el comentario propone la existencia de un pluralismo constitucional; esto es, “el reconocimiento de que existen diferentes escenarios y autoridades constitucionales que se relacionan de forma ‘heterárquica’ y complementaria antes que siguiendo reglas de jerarquía”. Esta es una idea valiosa, y creo que merece ser discutida con rigor.

No es del todo claro por qué este pluralismo constitucional es algo diferente al pluralismo que resulta de la aplicación asimétrica del derecho internacional por parte de cortes nacionales. Por supuesto, es claro que este pluralismo se predica de las variadas interpretaciones constitucionales. Sin embargo, esta no sería una diferencia sustancial respecto a otro tipo de pluralismos jurídicos: simplemente, su especificidad consistiría en que se predica de textos constitucionales.

La pregunta clave sería si el pluralismo constitucional que propone ACOSTA ALVARADO implica algún tipo de teoría sustancial sobre el valor sustantivo del mismo. Esto es, el pluralismo constitucional no sería solamente una hipótesis descriptiva (“existen numerosas interpretaciones del derecho internacional por parte de cortes nacionales, que se organizan de manera heterárquica”), sino una verdadera hipótesis normativa, según la cual la organización heterárquica de interpretaciones constitucionales nacionales es algo deseable, y normativamente superior que una organización jerárquica (como la propuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Esta segunda idea tiene resonancia con parte del trabajo que actualmente se produce en la relación entre derecho internacional y gobernanza global. Acosta Alvarado trae a colación en su comentario, de manera sistemática y rigurosa, gran parte de ese trabajo. En especial, creo que la idea tiene importantes puntos en común con la idea de pluralismo jurídico posnacional de NICO KRISCH¹, que valdría la pena explorar. En efecto, para KRISCH la estructura pluralista del derecho posnacional implica que no hay una metanorma que nos permita dar una respuesta correcta a los conflictos entre diferentes interpretaciones del derecho internacional por parte de diferentes actores globales. El pluralismo implica que hay un espacio para que las cortes nacionales en América Latina interpreten el derecho internacional de los derechos humanos de manera diferente a la Corte Interamericana, y que esta interpretación diferente no implica que esté *equivocada*. Una teoría sustancial del pluralismo, como la de KRISCH, implica que las diferentes interpretaciones pueden (*deben*) convivir, y que este orden es normativamente superior a un orden jerárquico en el que un centro de poder (como la Corte) decide cuáles interpretaciones son correctas y cuáles no lo son.

Dos cosas pueden ser dichas sobre esta segunda visión del pluralismo constitucional. En primer lugar, debe resaltarse su carácter radical: consiste, en realidad, en un ataque de fondo al orden establecido en términos de supremacía y efecto directo que con tanto esmero se ha establecido en América Latina mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Probablemente, el lector verá inmediatamente los riesgos implícitos en esta aproximación: ¿vamos a darle poder y legitimidad a las cortes y a los legisladores de la región para que interpreten de manera autoritativa el sistema interamericano de derechos humanos? ¿No sería esto una contradicción con la idea de que el derecho internacional de los derechos humanos existe para limitar el poder de los órganos estatales nacionales?

Estas dudas son razonables, y se originan en una visión constitucionalista del orden internacional. Para el pluralista radical, estas dudas son solamente expresión de una visión específica del orden jurídico internacional. El pluralista, por el contrario, se pregunta: ¿vamos a darle poder y legitimidad a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que vuelva homogénea la pluralidad de aproximaciones al derecho internacional de los derechos humanos en la región?

De esta pregunta deriva un segundo punto. La versión normativa que se analiza en el párrafo anterior no es otra cosa que el pluralismo llevado a sus últimas consecuencias lógicas. Sin embargo, no es más que eso: pluralismo radical. De igual forma, el pluralismo constitucional, en su acepción más descriptiva, parecería ser también una expresión de pluralismo tradicional. Por tal

1 NICO KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2010.

motivo, es poco claro que la idea de pluralismo constitucional propuesta por la comentarista sea en realidad una alternativa a los dos modelos analíticos propuestos en mi artículo. Por el contrario, más que una alternativa, parecería ser una expresión de uno de los prismas propuestos: el pluralismo.

Si esto es cierto, hay un desafío importante en la propuesta de ACOSTA ALVARADO: ¿cómo podemos conciliar la idea de un constitucionalismo multinivel con la idea de un pluralismo constitucional? Como hemos visto anteriormente, el constitucionalismo multinivel requiere, en últimas, una teoría sustantiva del rol de la constitución como límite del ejercicio del poder público. Por su parte, la idea de pluralismo niega que exista un único límite: diversas interpretaciones constitucionales pueden ser vistas como límites legítimos del poder, sin que ninguna pueda erigirse como superior a las otras. Parecería existir, entonces, una contradicción en pretender que la pluralidad heterárquica pueda ser, de hecho, una jerarquía multinivel.

Ahora bien, podría decirse que el constitucionalismo multinivel es, de hecho, plural. No se trata de que exista un único límite al poder público, sino que existen numerosos espacios de constitucionalismo, cuyo conjunto llamaríamos “multinivel” por ubicarse en diferentes niveles de la gobernanza global (local, nacional, regional o internacional). La pregunta central sería, en tal contexto, si tales espacios de constitucionalismo “multinivel” están relacionados entre sí por una relación jerárquica, en la cual hay unos niveles que son superiores a otros. Si existe tal jerarquía entre niveles, mi propuesta sería que el llamado pluralismo constitucional no es otra cosa que en constitucionalismo global por otro nombre, con todas las promesas y riesgos que el mismo implica. De no existir tal jerarquía, mi sugerencia sería que se trata, a su vez, de pluralismo por otro nombre, nuevamente con todas las promesas y riesgos que el mismo implica.

CONCLUSIONES

PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO hace una rigurosa crítica de mi argumento, tendiente a mostrar que las categorías analíticas que propongo no son exhaustivas. Creo que es correcto sostener que pueden existir otras formas de leer la interacción entre derecho nacional e internacional en la región. Considero, sin embargo, que el pluralismo constitucional propuesto por la comentarista es, en realidad, una manifestación de las categorías analíticas que propongo, y no una verdadera alternativa. Lo anterior no quiere decir que la misma sea irrelevante: al final de cuentas, los prismas que propongo en mi artículo están planteados a un nivel tal de generalidad, pudiendo ser complementados de manera provechosa por lecturas específicas de ciertas dinámicas de interacción –p. ej., la idea de un pluralismo constitucional. Parece importante, sin embargo, resaltar que esta opción implica que el poder de decisión jurídica y política va a ser redistribuido: de cortes nacionales a internacionales y viceversa, de

la rama judicial a la rama ejecutiva, o a la rama legislativa del poder público nacional, etc. Creo que la discusión clave es esa: en medio de los diferentes modelos de lectura sobre gobernanza global late una tensión política intensa. Creo que debemos tomarla en serio.