

BLOG CHILENO DE DERECHO COMPARADO**Comparación constitucional como oportunidad para el proceso constitucional chileno**

RODRIGO KAUFMANN PEÑA*

Chile se encuentra en medio de un proceso constituyente. Dicho proceso, iniciado formalmente en un plebiscito en el que la opción por una nueva constitución obtuvo una amplísima victoria, ha generado en la ciudadanía enormes expectativas de transformación política y social. Sin embargo, alcanzar ese objetivo no depende tanto de la constitución, como de los procesos políticos y jurídicos que se desarrollan bajo su influencia. La comparación constitucional y la apertura metodológica a las ciencias sociales pueden ser importantes elementos al analizar cómo nuevas constituciones han logrado dirigir una práctica institucional capaz de reconfigurar las condiciones materiales de existencia de la comunidad política.

Cómo opera una constitución... y cómo no opera

Las expectativas están vinculadas a la posición y a la función de una constitución en el sistema institucional. La constitución es la pieza fundante del ordenamiento jurídico en sentido formal y material; en virtud de su jerarquía normativa superior, fija los procedimientos y las competencias para la generación del Derecho y determina los elementos sustantivos que sus normas deben respetar. La constitución fija además la estructura orgánica que define las condiciones de funcionamiento del sistema político; en un orden democrático, eso se traduce en la organización de las condiciones bajo las cuales la comunidad política decide, a través de un sistema institucional diseñado para esos efectos, sobre su propia existencia.

Una comprensión de la constitución que se centre en su posición de primacía jerárquica en el sistema institucional y derive de dicha posición potencial transformador resulta, sin embargo, insuficiente. Las dos funciones indicadas anteriormente referidas al Derecho y a la política no implican por sí mismas un acceso privilegiado a la configuración de las condiciones materiales de existencia de la comunidad política. En primer lugar, la jerarquía superior de la constitución no la exceptúa del problema de la transición entre lo normativo y lo fáctico. Más todavía: respecto de la constitución, dicha transición está mediada por el Derecho y la política, los ámbitos de influencia primaria de aquella. Ambos están configurados (al menos en parte) por la constitución, pero desarrollan también una

* Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania (rodrigo.kaufmann@gmail.com).

existencia y dinámica propias,¹ de forma que no existe una configuración constitucional directa de las condiciones de existencia.

Esta mediación de la eficacia de las directrices constitucionales a través de las esferas del Derecho y la política se da incluso en el ámbito de los derechos fundamentales, cuya aplicación directa ha sido uno de los principales desarrollos en la teoría y en práctica constitucional a partir de la segunda mitad del s. XX. En efecto, la aparición de la jurisdicción constitucional y la eficacia de los derechos fundamentales como estándares jurídicos justiciables que deben regir la actividad estatal han transformado dicho ámbito en el núcleo de la comprensión reciente de la constitución. Esta “juridificación” solo ha sido posible, en todo caso, gracias a ciertos desarrollos en el marco de la teoría del Derecho, que bien pueden ser considerados mecanismos de compatibilización entre las esferas del Derecho y de la política. Así, el surgimiento de la categoría de los principios amplió el concepto de norma jurídica, flexibilizando el estándar de actuación impuesto, y generó un mecanismo propio de reflexión y aplicación: la ponderación. Ambos elementos operacionalizan jurídicamente la lógica típicamente política de compatibilización de finalidades o intereses: principios y ponderación despliegan su fuerza normativa definitiva en el marco de un conflicto jurídico entre posiciones contrapuestas. La constitución fija un marco para dicho conflicto, pero dicho marco es efectivo solamente bajo el presupuesto de una decisión (política) que concreta (jurídicamente) las directrices constitucionales.

Constitución como elemento dinamizador de transformación

El éxito de un proyecto constitucional transformador parece entonces requerir ante todo conciencia sobre las limitaciones de toda constitución. En realidad, son las esferas del Derecho y de la política las que definen las posibilidades de transformación. La influencia de la nueva constitución chilena, entonces, debe ser entendida desde la perspectiva de la posibilidad de encauzar, de dirigir positivamente el desarrollo de las esferas mencionadas, diferenciándolas y relacionándolas en el marco de la práctica institucional.

La conciencia de las relaciones de diferenciación y complementación entre Derecho y política en la constitución (particularmente claros en ese sentido, Grimm² y Luhmann³) permiten, además, entender las posibilidades vinculadas a las distintas intensidades de estándares normativos a que se ha hecho referencia anteriormente. Hay buenas razones para considerar que no es lo mismo consagrar constitucionalmente la dignidad, la vida, la propiedad, la protección del medio ambiente y la salud, y que la articulación del sistema constitucional debería reflejar esas diferencias. Éstas, en cualquier caso, se fundan menos en categorizaciones como la de “generaciones” de derechos (cuyo valor analítico es discutible; con mayor razón su uso como argumento para dar preferencia a una generación sobre otra) o en referencias genéricas a los costos de implementación. Sí parecen tener relación con contextos institucionales y temporales de eficacia de las normas o directrices constitucionales. En otras palabras: la redacción del texto constitucional debería reflejar una decisión

¹ Al respecto, GALLIGAN y VERSTEEG (2013).

² GRIMM (2016).

³ LUHMANN (1990).

consciente sobre el equilibrio entre política y Derecho respecto de cada ámbito regulado en la constitución. En particular, es necesario decidir conscientemente sobre la función concreta de la norma: la consagración de la propiedad, por ejemplo, puede tener como objetivo el ser aplicada directamente por órganos jurisdiccionales o en cambio contener un marco y un mandato de configuración de un régimen de propiedad a nivel infraconstitucional; ambas opciones deberían implicar, desde luego, estándares normativos diferentes y en consecuencia una técnica de redacción distinta. De la misma forma, el contexto institucional encargado de la realización de su contenido (mandato de decisión, por ejemplo, a la comunidad política, al poder legislativo, al poder ejecutivo, a todos o algunos en conjunto, o mandato de aplicación jurisdiccional) debería reflejar igualmente una opción clara y una concepción sistemática de los espacios de decisión. Solamente la construcción de un sistema constitucional con estándares normativos variables, politizando y despolitizando ámbitos específicos de regulación de forma consciente, está en condiciones de maximizar el potencial transformador de la constitución, y de evitar un minimalismo normativo innecesario y una comprensión moralizante de los estándares normativos constitucionales. La transformación dirigida constitucionalmente es un proceso que se desarrolla por caminos (y tiempos) propios para los distintos ámbitos y exige, especialmente, una politización permanente, y no una excepcional, que cese con la aprobación de la nueva constitución en el plebiscito de cierre. La transformación es impulsada y canalizada por la constitución, pero se realizará necesariamente fuera de ella, por medio de las esferas del Derecho y la política.

La comparación como recurso

Justamente en este sentido es que la comparación con otros ordenamientos aparece como un instrumento extremadamente útil para la reflexión constitucional nacional. Es preciso estudiar cuidadosamente las experiencias de países que enfrentan desafíos similares, y especialmente los casos de países en la región que han desarrollado procesos constituyentes, buscando, al igual que Chile, refundar las condiciones de existencia.

Un ejemplo puede ilustrar las ideas centrales expuestas. La Constitución ecuatoriana de 2008 establece uno de los regímenes de protección medioambiental más ambiciosos a nivel mundial. Por otra parte, la expansión de programas sociales, contemplados igualmente en la Constitución, son financiados en medida importante justamente gracias a un modelo de desarrollo basado en el extractivismo (como ha enfatizado Lalander).⁴ En consecuencia, y de acuerdo a Laastad,⁵ es difícil concebir la práctica medioambiental (incluso bajo la presidencia de Rafael Correa) como realización del particularmente estricto programa constitucional en dicho ámbito. El problema subyacente es evidente: la formulación de un estándar normativo ambicioso y estricto torna difícil la politización: su función es justamente la de servir como límite a la política. El riesgo, en consecuencia, es que un desacople entre la norma (llamada a dirigir la configuración de las condiciones de existencia) y las condiciones de existencia pueden llevar a una rápida pérdida de relevancia y en consecuencia legitimidad de la constitución.

⁴ Como ha enfatizado LALANDER (2014).

⁵ LAASTAD (2019).

Por cierto: Cuáles esferas deban ser politizadas y cuáles removidas de la política es una cuestión que debería ser discutida en el marco del proceso constituyente. Más allá de la necesaria discusión centrada en posibles contenidos a ser incorporados en la nueva constitución es necesario discutir cómo incorporarlos. Y es justamente en la búsqueda a una respuesta a esa interrogante que la comparación constitucional resulta especialmente promisoría. La cuestión central es: solamente una reconstrucción de la constitución que se haga cargo de su dimensión política permitirá un uso consciente de las distintas posibilidades propias de la técnica jurídica. Así, aproximaciones a la constitución metodológicamente abiertas a las ciencias sociales, como los estudios constitucionales comparados, que siguiendo a Hirschl,⁶ conciben “lo constitucional” sobre la base de una contextualización que incluye las condiciones culturales, económicas y políticas o la reciente obra de Versteeg y Chilton,⁷ que identifica ciertos patrones que determinan la relación entre derechos constitucionales y su realización, parecen marcar un camino clave para la experiencia chilena. En otras palabras: el éxito del proceso constituyente chileno dependerá en alguna medida de superar una concepción de la constitución basada en su posición institucional y su jerarquía normativa. Para ese efecto, deberá integrar al análisis el contexto político y social que definirá su eficacia. Una vía para contrarrestar dicho reduccionismo es abrirse a una comparación constitucional metodológicamente orientada a las ciencias sociales, cuyo objetivo sea responder la siguiente pregunta: ¿bajo qué condiciones, en qué medida y de qué forma han logrado nuevas constituciones dirigir la práctica jurídica y política y, en ese sentido, reconfigurar las condiciones materiales de existencia de la comunidad política?

⁶ HIRSCHL (2014).

⁷ CHILTON y VERSTEEG (2020).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CHILTON, Adam y VERSTEEG, Mila (2020). *How Constitutional Rights Matter* (Oxford University Press).
- GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila (2013). *Social and Political Foundations of Constitutions* (Cambridge University Press).
- GRIMM, Dieter (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (Oxford University Press).
- HIRSCHL, Ran (2014). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press).
- LAASTAD, Synneva Geithus (2019). “Nature as a Subject of Rights? National Discourses on Ecuador’s Constitutional Rights of Nature”, *Forum for Development Studies*, Vol. 47, N° 3, pp. 401-425.
- LALANDER, Rickard (2014). “The Ecuadorian Resource Dilemma: *Sumak Kawsay* or Development?”, *Critical Sociology*, Vol. 42, N° 4-5, pp. 623-642.
- LUHMANN, Niklas (1990). “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, *Rechtshistorisches Journal*, Vol. 9, pp. 176-220.