

Comparative Constitutional Studies Between Magic and Deceit

Günter Frankenberg,
Massachusetts, Edward Elgar Publishing. Inc., 2018,
343 páginas.

Comparative Constitutional Studies Between Magic and Deceit propone un nuevo acercamiento al estudio del derecho constitucional comparado con la finalidad de “hacer este campo de investigación, estudio y enseñanza, atractivo para los salones de clases y otros lugares”¹. Para esto, el Profesor Frankenberg sugiere que el estudio del derecho constitucional comparado parta del supuesto de que todo texto constitucional tiene una historia interesante e invita a los comparativistas a darse cuenta de que no hay manera de realizar una comparación neutral entre constituciones, por lo que es mejor entrar en el espacio comparativo y enfrentarse cara a cara con los elementos que resultan extraños en lugar de intentar normalizarlos. Este libro es sumamente relevante para los estudiosos del derecho constitucional comparado, pues en sus tres partes *Teoría y Método* (páginas 19 a 110), *Historia y Transferencia* (páginas 111 a 194), y *la Constitución como Orden* (páginas 195 a 285) identifica los presupuestos equivocados y los errores metodológicos de los comparativistas contemporáneos, propone una forma de hacer derecho constitucional comparado que ayuda a reducir estos problemas, identifica el origen de las ideas, instituciones y normas constitucionales y estudia los problemas que enfrentan los constituyentes al realizar su labor ordenadora.

En la primera parte, el autor hace frente a los múltiples significados del término “constitución” y propone que las “constituciones deben ordenar la política y las políticas al mismo tiempo que proveen al sistema jurídico de una jerarquía de legalidad”², “encapsulan las experiencias de las generaciones pasadas y animan las esperanzas y miedos de individuos, grupos o sociedades completas respecto del doble proyecto de auto gobierno”³. En este sentido, el autor reco-

noce que el término “constitución” es “un concepto esencialmente controversial y altamente polisémico que genera una fuerte dosis de simbolismo”⁴ por lo que se propone trabajar con apertura conceptual para entender las connotaciones ideológicas, simbólicas e instrumentales de las constituciones, pues estos documentos no caen del cielo, sino que son productos de un diseño que comprende improvisaciones, transferencias, bricolajes, planeaciones estructurales y conspiraciones ideológicas de las élites constitucionales. Estos documentos tienen un contenido de magia y engaño. Por ejemplo, una constitución hace magia cuando por su simple promulgación “transforma a la población que habita un territorio en una comunidad política o nación”⁵. Por otro lado, una constitución funciona como un instrumento de engaño cuando su contenido es únicamente “una demostración de orden y de que el estado está a cargo”⁶.

Posteriormente, señala los tres errores del estudio constitucional comparado contemporáneo que son los proyectos unitarios, la normalización y el etnocentrismo. Los proyectos unitarios a priori descalifican las constituciones que no cuentan con las características que se consideran necesarias para la supervivencia de la sociedad de acuerdo con una agenda política determinada como puede ser la democratización, la modernización o la constitucionalización de una sociedad. Por su parte la normalización parte de la presunción de similitud entre los distintos sistemas y provoca la asimilación de lo foráneo ajustándolo al marco de lo ordinario de manera que lo extraño resulte invisible. Sin embargo, la normalización puede funcionar en la dirección opuesta cuando el comparativista representa lo que no le parece familiar como algo radicalmente diferente separando lo normal de lo extraño haciendo imposible su comparación. Por último,

¹ Frankenberg, Günter, *Comparative Constitutional Studies Between Magic and Deceit*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing. Inc., 2018, p. ix.

² *Ibidem*, p. 20.

³ *Ibidem*, p. 24.

⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁵ *Ibidem*, p. 10.

⁶ *Ibidem*, p. 2.

el etnocentrismo parte del supuesto de que las cosas no pueden ser distintas a la constitución conocida y analiza las constituciones únicamente bajo las preconcepciones originadas en los estándares, costumbres y concepciones propias de manera que le da mayor valor a lo parecido y se descarta lo exótico lo que culmina con la separación de los regímenes importantes para el estudio comparado (los similares) y los no importantes (los exóticos).

Ante estos problemas el Profesor Frankenberg reconoce que no existe un método de comparación ideal, pero sugiere un método que los reduce y hace más interesante el estudio del derecho constitucional comparado. Para aplicar este método, los comparativistas deben pensar en su trabajo como una investigación que se hace con la finalidad de aprender algo nuevo y no como una comparación mecánica de dos sistemas jurídicos. En el mismo sentido, los comparativistas deben entender que los textos que estudian tienen una relación más cercana con la política y la ética que otros documentos legales por lo que están plagados de ideas, ideales e ideologías. Por último, es importante que reconozcan que no importa cuántos sistemas comparen o cuanto estudien nunca podrán ver el cuadro completo de su objeto de estudio; por lo tanto, lo único que pueden hacer es leer, escribir y comparar selectivamente. Ahora bien, para minimizar el reduccionismo y combatir los proyectos unitarios, la normalización y el etnocentrismo, el autor propone que se realice una narrativa por capas. El primer paso es tomar a todos los documentos constitucionales en serio, pues siempre pueden tener algo importante que decir de los problemas presentes y pasados de la sociedad, la visión de las personas, de sus ansiedades y de las conspiraciones de las élites para mantenerse en el poder. El segundo paso es leer los textos constitucionales como planos entendiendo el diseño detrás de la estructura orgánica del estado y la distribución de poderes, libertades y bienes. Por último, el estudio comparado debe dejar de enfocarse en los casos y estudiar los textos constitucionales como el resultado de transferencias y bricolaje.

La segunda parte de la obra se enfoca en cómo se lleva a cabo el diseño de las constituciones. Aquí hace hincapié en que las ideas utilizadas para redactar una constitución (generalmente) provienen de transferencias de otros sistemas; sin embargo, estas no llegan a los constituyentes en su estado original, sino que antes son sometida a un proceso de universalización. El autor asemeja el proceso de universalización al modelo de ventas de IKEA, pues este implica "buscar entre los distintos modelos estandarizados de muebles, elegir un modelo que se encuentra desarmado, llevarlo a casa y armarlo ahí"⁷. El proceso de universaliza-

ción consiste en la reificación, formalización e idealización de una idea, norma o institución de manera que quede lista para ser transferida a cualquier sistema jurídico. En primer lugar, la reificación es el proceso mediante el cual se toman ideas, normas o instituciones "vivas" y controversiales, se separan de su ambiente socio-cultural y su sistema jurídico y se convierten en paquetes de información. La formalización se refiere a la reducción de las normas e instituciones a simples proposiciones o provisiones estatutarias privadas de las interpretaciones que las dotan de contenido. Por último, mediante la idealización se toman estas proposiciones o provisiones y se presentan como si significaran lo que deben significar o como si funcionaran de la manera en la que deben funcionar. Sin embargo, este proceso no despolitiza la información constitucional transferida; por el contrario "la transferencia constitucional abona a la transferencia de políticas e ideologías"⁸.

Una vez universalizada una idea, norma o institución, los constituyentes pueden acudir al "Mercado de Transferencias" y elegir la que mejor se acomode a su sistema recontextualizando el paquete universal. No obstante, las transferencias constitucionales tienen riesgos. Por un lado, el sistema jurídico puede rechazar los nuevos elementos cuando estos simplemente no hace sentido en el sistema, se enfrentan a una fuerte oposición política o funcionan de una manera completamente distinta a lo que se esperaba. Por otro lado, es posible que, si bien la transferencia no falle, el sistema carezca de elementos necesarios para adaptar adecuadamente el nuevo elemento por lo que sería necesario rediseñarlo para poder utilizarlo correctamente. En cualquiera de estas situaciones, la recontextualización nunca genera una copia del modelo estandarizado, sino que en el mejor de los casos se convierte en una réplica modificada, pero generalmente se convierte en una combinación de distintos modelos.

Al hablar de transferencias constitucionales, el autor demuestra un gran interés en la narrativa de los elementos que se consideran como no universalizables por ser altamente dependientes de la historia del estado al que pertenecen, ser elementos específicos del contexto del sistema en el que surgieron o ser contrarios a la política dominante. Un elemento altamente dependiente de la historia del estado es aquel que no puede ser entendido sin que sea puesto en contexto con su historia como es el caso de la Constitución de Haití de 1805 que establecía que "ningún hombre blanco [...] pondrá pie en este territorio con el título de dueño o propietario"⁹ lo que no podría ser entendido sin estudiar la historia de la revolución de dicho país. Por otro lado, un elemento es una especifi-

⁸ *Ibidem*, p. 121.

⁹ *Ibidem*, p. 139.

⁷ *Ibidem*, p. 117.

cidad del contexto cuando se encuentra tan ligado con el ambiente cultural de donde proviene que no haría sentido en ningún otro sistema como el recordatorio del genocidio en la Constitución de Ruanda. Por último, un elemento se desvía de la política predominante cuando es contrario al discurso de hegemonía constitucional del oeste como el preámbulo de la Constitución de Bolivia de 2009 que declara la intención de dejar atrás el modelo de estado neoliberal republicano. El interés del autor en este tipo de elementos constitucionales deriva de la intención de “contrariar la arrogancia del globalismo que no estudia el contexto y olvida lo marginal. Esta resistencia tiene la finalidad de confrontar lo particular que se disfraza de universal con la riqueza y los errores de lo local”¹⁰. Estos detalles son relevantes porque encierran los conflictos, experiencias, ansiedades, visiones y esperanzas de una sociedad y mediante la búsqueda de estos elementos extraños el comparativista puede liberarse del pensamiento unitario.

Por otro lado, los constituyentes también diseñan las instituciones, normas y argumentos mediante el experimentalismo. El término experimentalismo se refiere a la práctica de los constituyentes, las élites, los académicos y los políticos consistente en probar ideas, normas e ideologías con la finalidad de reconciliar la tensión existente entre distintos proyectos constitucionales contradictorios en el contexto de la construcción de un estado. En este apartado, el autor se enfoca en el estudio del experimentalismo del Siglo XIX europeo, pues es considerado como la era de “la comparación por Nietzsche, el laboratorio del constitucionalismo en Europa y el cuarto de máquinas de la constitución en América Latina”¹¹. Al realizar este estudio, el autor encontró dos patrones del experimentalismo: por un lado, la inestabilidad constitucional estuvo marcada por los rápidos cambios de poder, el colapso de la realidad social y los límites territoriales; por otro lado, las presiones que sufrieron los sistemas jurídicos para reconstruir sus constituciones provocó el nacimiento del Mercado de Transferencias.

La última parte del libro se refiere a la forma en la que las constituciones lidian con los conflictos sociales mediante el ordenamiento de las políticas, ya que “en un mundo sin conflictos, controversias y desacuerdos las constituciones no tendrían sentido y en un mundo estable, las constituciones no serían necesarias”¹². En esta parte, el autor busca estudiar la labor ordenadora de la constitución en dos direcciones distintas: primero, la constitución que se presenta a sí misma como un orden de signos, y segundo, el enfoque político de la constitución que introduce la coordinación y

la cooperación como dos modalidades de la organización social. El orden constitucional de una sociedad es sumamente relevante, pues puede ser responsable de estabilizar las relaciones sociales, proteger a los débiles, restringir a los fuertes, empoderar a los ciudadanos y ayudar a controlar a los poderosos, pero también puede hacer lo contrario. En el mismo sentido, mediante su labor ordenadora las constituciones controlan qué comportamientos están o no permitidos y quien queda adentro o afuera de la sociedad.

De acuerdo con lo anterior, constituir orden significa “establecer y mantener relaciones sociales estructuradas y control”¹³ lo que se enfrenta al problema de cómo establecer a las autoridades y como mantener unida una sociedad de individuos. En lo que respecta a cómo establecer la autoridad, las constituciones pueden establecer modelos de gobierno que vayan de “abajo a arriba” en los que el pueblo soberano determina mediante elecciones quienes ejercerán la autoridad o de “arriba a abajo” estableciendo sistemas en los que el jefe de estado no es electo mediante el voto. Por otro lado, la integración presupone coordinación institucional de los individuos y la existencia de metas comunes, requiere de una estructura de reciprocidad en un contexto de pertenencia y cohesión social mediada por normas. En esta materia, el Profesor Frankenberg apoya la teoría de integración mediante conflicto que estudia la tensión entre los esfuerzos de homogeneidad social y la heterogeneidad social. Debido a estas tensiones, los miembros de la sociedad luchan por ser reconocidos dentro de la sociedad y mediante esta lucha perciben sus similitudes y diferencias lo que poco a poco integra a los individuos dentro de la sociedad. El rol de las constituciones en cuanto a la integración es lidiar con la partición y la fragmentación geográfica o social. En este apartado el autor presenta narrativas constitucionales que persiguen un programa de unificación como la constitución de Corea del Norte que “busca la reunificación [...] basada en los principios de libertad y democracia”¹⁴ y de negación como la constitución de la República Democrática de Alemania de 1949 que no hacía referencia a la partición de Alemania.

Por último, el autor estudia uno de los grandes retos de las constituciones: los estados de excepción. Los estados de excepción son problemáticos, pues, por un lado, se pierde la magia constitucional si la constitución es desobedecida para hacer frente a una crisis sin que se encuentre constitucionalizado el estado de excepción, pero, por otro lado, justificar los poderes excepcionales implicaría elevar el nivel de engaño constitucional. Por lo tanto, cuando los constituyentes se enfrentan ante la necesidad de regular los estados de excepción, deben deci-

¹⁰ *Ibidem*, p. 153.

¹¹ *Ibidem*, p. 156.

¹² *Ibidem*, p. 195.

¹³ *Ibidem*, p. 201.

¹⁴ *Ibidem*, p. 234.

dir cuándo se debe considerar que el estado se encuentra en una crisis, cómo deben resolverse estas crisis y con qué facultades extraordinarias. El autor identifica tres tipos de cláusulas de excepción que se utilizan comúnmente. En primer lugar, las *Blanket clauses* que únicamente obtienen una forma concreta cuando se miran a la luz de una emergencia específica, por ejemplo, el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que en tiempos de emergencia pública los estados podrán incumplir con cualquier obligación establecida en la Convención cuando esto sea estrictamente necesario y no se incumpla con obligaciones internacionales de otra fuente. En segundo lugar, las constituciones pueden establecer un modelo que pueda hacer frente a todas las emergencias cruciales y que establezca seguros para evitar la arbitrariedad de las autoridades; por ejemplo, la constitución de Sudáfrica establece un listado de derechos inderogables en una situación de crisis, el nivel de protección de estos en un estado de excepción y las condiciones para llevar a cabo detenciones durante estas. En tercer lugar, las constituciones pueden tratar de anticipar las emergencias utilizando sus experiencias pasadas como la Ley Fundamental de Alemania de 1949 que establece un listado de situaciones de emergencia. En el último apartado del estudio de los estados de excepción el autor estudia como los regímenes no liberales que persiguen una agenda de seguridad específica normalizan los estados de excepción mediante un proceso que parte de la trivialización o camuflaje de las desviaciones a la constitución, sigue con la ampliación de la posibilidad de intervención de los estados mediante leyes que pretenden combatir “enemigos de la sociedad” y termina remodelar la arquitectura de las fuerzas de seguridad.

Elaborado por: **Fernando Ramírez Ordás**