



CICLO de WEBINARIOS DIALOGOS CHILE-UNION EUROPEA

ACTO DE INAUGURACIÓN

15 enero 2021

Una Constitución para el Siglo XXI

Tania Groppi
(Universidad de Siena, Italia)

I. Escribiendo en 1990, Dieter Grimm podía afirmar: "Parece que no hay razón para preocuparse por el futuro de la Constitución". Y continuaba: "Surgida en el siglo XVIII como consecuencia de dos revoluciones exitosas, duramente controvertida durante el siglo XIX, se ha impuesto en todo el mundo en el siglo XX". Aduciendo, como indicio, la difusión universal, por lo que el número de Estados que se gobiernan sin una constitución es decididamente exiguo.

Treinta años después, podemos estar tentados a repetir su afirmación. Incluso, las últimas décadas le han dado la razón, como lo demuestra la aprobación de una avalancha de nuevas cartas constitucionales, especialmente en el contexto de procesos de transición a la democracia e incluso el intento de adoptar una por parte de una entidad supranacional, como la Unión Europea. El proceso constituyente en marcha en Chile parece, a su vez, demostrar la vigencia de esta opinión, siendo prueba, una vez más, del "poder de atracción de una idea". De hecho, escribir una constitución en el siglo XXI parece haberse vuelto aún más fácil que en el pasado. Existe una amplia gama de experiencias constitucionales disponibles y las nuevas tecnologías hacen que esta información sea fácilmente accesible en lo que se ha llamado "el IKEA del derecho comparado" [Frankenberg]. ¡Qué diferencia con la época en que fue escrita la Constitución italiana, cuando sólo se podía confiar en unos pocos y esbeltos folletos



EUROsocial+ es un consorcio liderado por:





sobre "constituciones extranjeras", publicados por el Ministerio de la Constituyente en el papel gris y rugoso de los tiempos de guerra!

2. Sin embargo, no me parece que esto sea realmente así y creo que redactar una constitución en el siglo XXI presenta nuevos desafíos, que ni siquiera los constituyentes chilenos podrán evitar, que nos impone reflexionar sobre el significado actual de esta "idea afortunada".

Empecemos por la noción de constitución que emerge de uno de los textos fundamentales del constitucionalismo europeo de finales del siglo XVIII, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que ha sido enriquecida por el constitucionalismo norteamericano: norma suprema, vinculante para todos los sujetos del ordenamiento jurídico, que regula la garantía de los derechos y la separación de poderes (artículo 16).

Pues bien, los tres elementos (norma suprema; garantía de derechos; separación de poderes) parecen evidenciar signos de debilidad, que se pueden vincular a las transformaciones que se están produciendo en la era de la globalización, entendida en su dimensión económica y jurídica, que ha determinado una crisis de soberanía, o más bien de la estatualidad, o, como se dice, del paradigma "Westphalia".

¿Seguimos estando seguros de que la constitución es la norma suprema del ordenamiento? ¿Y, aún más, que logre ser efectivamente normativa, cuando las decisiones políticas (en los ámbitos que más conciernen, precisamente, a la polis) están siendo cada vez más determinadas por decisores que no son políticos y que se ubican fuera del territorio del Estado?

El impacto de esta transformación es disruptivo sobre ambos elementos que configuran el contenido de la constitución, la organización de poderes y la garantía de los derechos. En cuanto a los poderes, se enfatiza cada vez más la necesidad de limitar los poderes privados paralelamente, aunque quizás incluso más que los poderes públicos: poderes privados de alcance transnacional, que no solo se mueven en la dimensión económica, sino que cada vez más inciden directamente en la esfera política, como lo demuestran las multinacionales *Big Tech*. En cuanto a los derechos, incluso su garantía tiende a desprenderse cada vez más del ámbito nacional. En cuanto a los derechos civiles y políticos, por el impacto de las cartas internacionales de derechos (incluso a nivel regional) y las cortes llamadas a aplicarlos. En cuanto a los derechos sociales, por el impacto de los mercados financieros y las organizaciones mundiales de carácter financiero sobre las condiciones macroeconómicas necesarias para garantizarlos, a través de políticas públicas del gasto.



EUROsociAL+ es un consorcio liderado por:





3. Por tanto, podríamos preguntarnos: pero si este es el panorama, si ya no existe más una autonomía de lo político en el mundo globalizado, si se pueden garantizar los derechos apoyándose en textos normativos distintos de las constituciones, si las condiciones económicas-financieras no están en el ámbito de decisión de los decisores nacionales, si los poderes privados escapan de la reglamentación refugiándose en una dimensión aterritorial, ¿por qué entonces afanarse por escribir una constitución? ¿No puede resultar una vana ilusión (una quimera), un ejercicio inútil? De hecho, más que inútil, dañino. ¿Acaso la constitución, operando como una "revolución prometida" (para decirlo en palabras del jurista y constituyente italiano Piero Calamandrei), que nunca se podrá realizar, no corre el riesgo de producir ulteriores decepciones y desconfianza? Las "promesas no mantenidas de la democracia" (usando la afortunada expresión de Norberto Bobbio) ¿no corren el riesgo de debilitarla, haciendo que devengan preferibles otras y, quizá, formas de régimen político más eficientes, en una época en la que no faltan competidores?

Esta perspectiva, sin embargo, omite considerar dos dimensiones, dos méritos de las constituciones, al menos en términos de cómo se configuraron dentro del Estado constitucional de derecho del siglo XX, una propiamente interna, en el sentido de "doméstica" y otra más externa.

- a) En primer lugar, que las constituciones son, además de *pactum subiectionis*, un *pactum societatis*. Una decisión sobre la convivencia, sobre lo que se comparte, aquellos que nos une. Esto es aún más cierto para las constituciones en el Estado democrático-pluralista, en las que las constituciones se convierten en instrumentos de convivencia y reconciliación: el compromiso constitucional sustrae algunas decisiones políticas fundamentales de la dialéctica democrática, atrayéndolas a la esfera de las garantías, una esfera sobre la cual "no se vota" (retomo las palabras del juez Holmes en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 319 US 624 [1943]: "The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections").

En este sentido, toda constitución para que pueda considerarse como tal, y no solo aquellas que sean producto de una real revolución (lo que Bruce Ackerman define como "constituciones revolucionarias"), representan un "nuevo comienzo".



EUROSociAL+ es un consorcio liderado por:





Desde el punto de vista de la “integración” del pluralismo (según la conocida definición de Rudolf Smend), dos se convierten en los elementos claves de una constitución: El procedimiento seguido para adoptarla y las garantías que se consagran.

El *procedimiento* debe ser tal que precisamente permita el compromiso más amplio, de modo que la constitución se perciba como “la constitución de todos”. Al respecto, el procedimiento participativo impulsado por Chile, haciendo uso también de nuevas herramientas tecnológicas, puede representar un aporte significativo al constitucionalismo.

Luego, *las garantías primarias y secundarias* (como diría Ferrajoli) del compromiso constitucional. Es decir, la delimitación del área sustraída de la dinámica política mayoritaria (garantías primarias): aquí se vuelve decisiva la elección de cuáles principios y derechos constitucionalizar y el estilo de constitucionalización. Reconociendo sobre todo que hay una gran diferencia, a efectos de la implementación (de su desarrollo) y aplicación, entre una Constitución que contiene principalmente principios y una constitución hecha sobre todo de reglas. Y los procedimientos para reaccionar ante cualquier violación de la constitución o incluso (y aquí surgirían problemas más complejos) ante el incumplimiento en la implementación, o ante la inercia, u omisión del legislador (garantías secundarias). En particular, asumen un rol cada vez más importante, como lo demuestra la experiencia de todos los países pertenecientes a esta forma de Estado, la justicia constitucional, por lo que las opciones a tener en cuenta en su configuración son bastante delicadas.

- b) Pero también hay una nueva valía en la redacción de una constitución hoy, que se vincula a la noción de "identidad constitucional", noción que se desarrolló especialmente en el contexto del proceso de integración europea y que está consagrada en el Art. 4.2 del TUE (según el cual, la UE respeta la "identidad nacional" de los Estados miembros, "inherente a su estructura fundamental, política y constitucional, comprendido en el sistema de autonomías locales y regionales").

En el sentido de que los principios y valores escritos en una constitución, que ayudan a definir la identidad nacional como una "identidad constitucional", pueden representar la forma en que un orden se relaciona con el exterior, tanto con otros Estados como con el ordenamiento internacional y eventuales ordenamientos supranacionales. No solo y no tanto para establecer una "defensa", la última fortaleza de la soberanía estatal, una fortaleza, entre otras cosas, destinada a ser fácilmente conquistada por las potencias económicas globales. Más bien, porque la constitución puede convertirse en la principal



EUROsociAL+ es un consorcio liderado por:





contribución a la construcción de un orden internacional efectivamente normativo, en la perspectiva de un constitucionalismo global *bottom up* (de abajo hacia arriba) y que probablemente constituye la única posibilidad para que el constitucionalismo continúe cumpliendo su misión, como límite del poder y garantía de derechos en el siglo XXI.

Se trata de una concepción de la constitución que hoy en día encuentra su desarrollo más maduro en el continente europeo, ya que es precisamente a partir del aporte de las tradiciones constitucionales nacionales que esos valores y principios se encuentran hoy codificados en el art. 2 del TUE: “La Unión se funda en los valores del respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Principios y valores que son producto del constitucionalismo y de la lucha de tantos hombres y mujeres por afirmarlos y defenderlos en los dos últimos siglos, en el continente europeo, en América Latina y en muchos otros lugares del mundo. Y que hoy corresponde a nuestra generación custodiar y cultivar, a través de todos los instrumentos, a partir de las nuevas normas constitucionales, para transmitirlos a su vez a las generaciones futuras.



EUROsociAL+ es un consorcio liderado por:

