

RESEÑA

La constitución-forma contra la Constitución Política: Un constitucionalismo crítico en Chile

*The constitution-form against the Political Constitution:
A critical constitutionalism in Chile*

Flavio Quezada Rodríguez 

Universidad de Valparaíso de Chile

Introducción

El doctor Jaime Bassa publicó una interesante reflexión sobre la práctica constitucional chilena y el intento por reemplazar democráticamente el texto vigente. Su libro se titula *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*, tiene 156 páginas y está dividido en tres capítulos, pero también cuenta con una introducción y una sección de conclusiones. La obra fue publicada por la editorial EDEVAL de la Universidad de Valparaíso de Chile y es parte de la colección «En Primera Persona». Este libro está bien escrito y, además, la edición es amigable y estéticamente cuidada.

En cuanto al fondo, se trata de una obra clave para la discusión nacional, no solo porque enuncia una nueva perspectiva teórica para abordar la disciplina del derecho constitucional (y que abre posibilidades más allá de ella), sino también porque resulta relevante para la práctica real del problema que aborda. En ese sentido, el hito estaría constituido porque podría tratarse de un aporte sustantivo al desarrollo de una nueva corriente jurídica en Chile.

También puede afirmarse que sería muestra de una cierta consolidación del medio académico nacional, que no solo estaría siendo capaz de producir conocimiento de mayor calidad que antes, sino también, como en este caso, de cuestionar los propios fundamentos de la disciplina.

En lo que sigue, se expondrá el contenido de la obra acompañado de algunos breves comentarios críticos, y se finalizará con tres reflexiones que surgen a partir de la lectura de la obra.

Contenido

En la introducción de su libro, Jaime Bassa señala su proyecto intelectual: Se trata de un cuestionamiento radical al constitucionalismo según la representación que de él hacen los discursos hegemónicos, identificados como expresión del paradigma jurídico moderno que postula una ideológica pretensión de autonomía del derecho que, en los hechos, anula su contacto con la sociedad del cual emana. Esta operación ideológica anularía la posibilidad del ejercicio del poder, lo cual resulta funcional al *statu quo*.

Esta crítica es radical, ya que no se dirige a algún aspecto de la coherencia o lógica interna de dichos discursos constitucionales, sino que cuestiona los fundamentos mismos de la práctica. Además, plantea explorar una posibilidad alternativa con directa incidencia en la sociedad chilena. No mantiene la discusión a un nivel de abstracciones teóricas, sino que las confronta en su capacidad explicativa y posibilidad emancipatoria en la realidad social concreta. De este modo, el autor inicia una reflexión que parte desde la discusión constitucional de los últimos años sobre la necesidad de acordar un nuevo texto. Ahí identifica los discursos constitucionales dominantes, sus elementos estructurantes y sus lógicas internas. Esto le permitirá someter estos a una crítica que los abarca tanto en sí mismos, como a sus fundamentos y operatividad particulares, siempre en vistas a la realidad material que motiva su reflexión. Ese ejercicio intelectual, a ratos de una compleja densidad teórica, le permitirá, en un tercer momento, confrontar sus resultados en una exploración de horizontes nuevos, en vistas a una realidad social distinta. Teoría desde la realidad y para cambiarla. Como puede verse, se trata de un proyecto intelectual y políticamente ambicioso.

El primer momento de su reflexión coincide con su primer capítulo, titulado «Chile 2017: Lo constituyente en clave política». Aquí, el autor se propone replantear el entendimiento que se le ha dado a lo constituyente. Parte evidenciando la lógica de la práctica constitucional hegemónica en Chile y cómo solo podría ser comprendida a la luz de la historia constitucional reciente, ya que se trata de un pilar del proyecto político de la dictadura cívico-militar o, más bien, de quienes fueron su soporte. En palabras del autor:

La Constitución chilena vigente no es el resultado de la evolución constitucional mundial, occidental, latinoamericana o chilena, sino de cómo una minoría económica experimentó, sobre sus intereses, los efectos de las políticas redistributivas del gobierno de la Unidad Popular. No sobre sus derechos. Sobre sus intereses. Así, el diseño institucional tuvo por objetivo garantizar que ese tradicional tercio de la clase política chilena [...] pueda controlar y prevenir intentos similares en el futuro (Bassa, 2018: 28).

Luego, demuestra estas afirmaciones con un análisis de cómo diversas instituciones del texto vigente operan de esta forma hasta la actualidad, mediante las prácticas que instauran y los discursos que las configuran. A continuación, propone una distinción clave para la comprensión de su propuesta: aquella que distingue entre *constitución*

política y norma jurídica, adoptando una aproximación material de aquella, expresamente tributaria de Carl Schmitt. Esto le permite criticar el proceso constituyente y los discursos dominantes, ya que mientras la ciudadanía cuestionaría la *constitución política*, dichos discursos se limitan a circunscribir la discusión política y jurídica en el mero texto-norma-jurídica. La siguiente cita es particularmente ilustradora sobre las ideas del autor:

La cuestión constitucional chilena no se soluciona con una nueva Constitución Política del Estado (que, desde 1989, se ha manifestado en el plano de la ley constitucional), sino que con una nueva constitución política de la sociedad (es decir, una nueva forma de existencia política de la comunidad, nuevas relaciones de poder) (Bassa, 2018: 35).

Con respecto a los desafíos para el proceso constituyente, plantea que los discursos constitucionales dominantes no han estado a la altura de la reivindicación social, e incluso serían una causa del fracaso del proceso constituyente impulsado durante el gobierno de Michelle Bachelet. Aunque no lo señala expresamente, se sigue de su razonamiento que existiría una operación ideológica muy eficiente en desarticular la capacidad genuinamente constituyente de la demanda social, encausándola exclusivamente en discusiones sobre textos y no sobre las prácticas en las cuales ellos inciden. Como alternativa a esta situación, plantea que:

La consolidación cultural de una comprensión contrahegemónica de lo constitucional se juega en la posibilidad de que las comunidades políticas organizadas lo conciban como un espacio político en disputa, en el marco de la configuración de las relaciones de poder, y no como un espacio o ámbito de saber reservado a especialistas (Bassa, 2018: 41).

Aquí, el autor nuevamente identifica una fisura clave, cuya respuesta estaría en una elaboración de una propuesta de interpretación constitucional que responda a lo que señala. En efecto, identifica a la práctica interpretativa cognoscivista, tributaria de un formalismo positivista, como un escollo. En esto acierta, ya que ella opera como una especie de operación ideológica que impide ver y evidenciar, para poder explicar, la realidad que le subyace. Por esto, es necesario un trabajo intelectual alternativo, una teoría situada que pueda explicar el caso chileno. Un paso en ese sentido, contenido en este libro, está en la explicación que da con respecto a cómo van adoptando posiciones los partícipes incidentes de la discusión constitucional, de una forma que pareciera estar condicionada materialmente por sus específicas condiciones de vida.

Finaliza este capítulo entregando luces sobre cómo avanzar hacia un proceso constituyente exitoso. Para ello, explica que es necesario incorporar la dimensión política (material) de la Constitución, ya que su cuestionamiento no podría explicarse solo desde una dimensión jurídico-formal. En este sentido, afirma que la más grave de las ilegitimidades que aquejan a la Constitución es haber dado paso «a una práctica constitucional y política absolutamente sometida y condicionada por las opciones políticas impuestas luego del golpe de Estado de 1973, hoy naturalizadas» (Bassa, 2018: 48). Y, dado que la sociedad no se reconoce en ella ni la reconoce como propia, se requeriría

un hito constituyente, no reducido en la sola redacción de un texto, sino en clave política. Para lograr esto, el vínculo entre forma y fondo resultaría, a su juicio, evidente:

El contenido de la nueva Constitución, entendida tanto en su dimensión jurídica como política, depende de manera absoluta e incuestionable de los sujetos que participen en el proceso constituyente, de los intereses que estos representen y del grado de incidencia que cada cual tenga a lo largo de todo el proceso (Bassa, 2018: 53).

Así, más adelante precisa que:

Ello no basta para contar con una nueva Constitución, pues también es necesario desarticular aquellas relaciones de dominación que caracterizan a la sociedad chilena actual y que forman parte de la identidad de la Constitución actual, pero ahora en su dimensión política (Bassa, 2018: 53).

Lo que consistiría en:

Terminar con el proceso de acumulación de poder político que favorece a las élites y avanzar en un modelo institucional que permita la distribución del poder social, especialmente en favor de grupos que llevan décadas y siglos en condiciones de subalternidad (Bassa, 2018: 59).

En el segundo capítulo, se propone desarrollar los elementos que configuran las condiciones de posibilidad de esta reivindicación, y lo titula «El autoritarismo epistémico detrás del poder constituyente moderno». Esta es la parte más teórica del libro, ya que se exponen las críticas más radicales a los supuestos del constitucionalismo moderno. Es una reflexión cuya pertinencia se proyecta más allá de las fronteras de Chile y del derecho constitucional. En efecto, a juicio del autor, la autonomía del derecho planteada por el positivismo hegemónico constituiría un fetiche, pues desconoce que su fundamento se encuentra fuera de él. Bassa lo denomina el «fetichismo del derecho» y lo explica en los siguientes términos:

Aquello que podríamos llamar fetichismo del derecho desconoce que este último es la materialización de un fenómeno de carácter histórico y político, en virtud del cual determinada sociedad se da a sí misma un ordenamiento jurídico, dejando una huella histórica atravesada por conflictos políticos y sociales que evidencian la contingencia de su contenido. Desconocer que su fundamentación radica fuera de él, en la comunidad que lo legitima, puede ser la primera etapa de un proceso/dispositivo más complejo, que continúa con la naturalización de las instituciones jurídicas y su posterior intangibilización (Bassa, 2018: 64).

De este modo, se rompe el vínculo de legitimidad que lo une con la comunidad política. Identificar esta operación ideológica le permite dar un nuevo paso, en el cual subvierte la lógica del discurso teórico positivista. En efecto, plantea que la autonomización del derecho, en su versión más difundida (la kelseniana) resulta imposible, y que aquello habría sido reconocido por el propio Kelsen al tratar la interpretación jurídica,

ya que todo acto interpretativo sería un acto ideológico, donde cada sujeto persigue fines determinados, dando paso a las fundamentaciones externas del derecho, ni formales ni positivas» (Bassa, 2018: 65).

Luego, realiza una relectura de las revoluciones liberales burguesas, ya que no habrían hecho una transformación radical en las estructuras de poder, sino solo habrían cambiado al sujeto dominante; se trataría del advenimiento de «un nuevo señor» (de la aristocracia a la burguesía) (Bassa, 2018: 67). Por el contrario, los cambios habrían operado solo a nivel ideológico, mediante nuevos discursos hegemónicos. El autor afirma que «la estructura política de la sociedad seguía intacta, antes y después de la revolución: por un lado, los grupos privilegiados, por el otro, las clases subalternas» (Bassa, 2018: 69).

Si bien es cierto que, como también lo señala Alain Badiou (2018: 19), desde el advenimiento de la revolución neolítica dicha distinción permanece entre los seres humanos y que esta perspectiva permite dimensionar la trascendencia histórica de la revolución bolchevique y la revolución cultural china, resulta, para el objetivo intelectual de Bassa, una simplificación insuficiente. No por incorrecta o irrelevante, sino insuficiente para el objetivo político-intelectual de la obra. En efecto, entender la efectiva operatividad del derecho en el modo de producción capitalista, su particularidad histórica y sus diversas mutaciones hasta la actualidad es una empresa iniciada por algunos teóricos soviéticos del derecho¹ y, en especial, por la obra de Michel Miaille (1982), quien se propone precisamente aquello. Desde esa perspectiva, las revoluciones burguesas adquieren una trascendencia digna de un profundo estudio. Hacer dicho ejercicio con respecto al específico caso chileno es una tarea urgente. Aunque, afortunadamente, no se parte de cero, ya que no solo existen antecedentes históricos previos como la obra intelectual de Eduardo Novoa Monreal, sino también otros recientes, como el libro sobre este mismo problema de Fernando Muñoz (2015), incluyendo, por cierto, la obra que acá se comenta.

A continuación, el autor planteará un argumento de gran interés: de forma simétrica a la distinción entre *constitución política* y *norma jurídica*, propone distinguir «lo constitucional» en dos dimensiones con respecto a lo constituido: una política y otra jurídico/formal (Bassa, 2018: 78). Esta distinción es la que se ocultaría detrás de la larga historia de la idea del pacto social y el contractualismo liberal, siguiendo, en este punto, la obra crítica de Antonio Negri. Con respecto a esto, el autor plantea que:

Me parece razonable concluir que la constitución de la comunidad política requiere de un tipo de repliegue de la fuerza constituyente distinto al que requiere el ordenamiento jurídico para su constitución, precisamente porque detrás de dicho acto constituyente hay un deseo de afirmación existencial que no desaparece después de su manifestación (Bassa, 2018: 78-79).

1. Principalmente, Pashukanis, ya que luego la degeneración estalinista del proceso incidió empobreciendo este debate. Dicha evolución se explica en Akhtar (2015: 661-685).

Lo que le permite afirmar que:

El soberano siempre tiene la posibilidad de actuar políticamente, es decir, sin consideración a las reglas jurídicas vigentes, especialmente si es para cambiar la Constitución [...] Una suerte de coexistencia que se justifica no solo por la eventualidad de un nuevo momento constituyente, sino por la capacidad (o el derecho, incluso) de reivindicar, permanentemente, la posibilidad de configurar nuevas relaciones de poder, actualizando las formas de existencia de la comunidad política (Bassa, 2018: 79).

Este argumento de Bassa resulta rico en potencialidades, en especial por su originalidad con respecto a su aplicación a la teoría constitucional chilena. En efecto, desentraña una lógica interna operacional del derecho moderno occidental, consistente en un permanente intento de ocultar su dispositivo de autodestrucción: la afirmación de la existencia política de la sociedad que lo sustenta. En cierto sentido, Bassa pareciera seguir el camino de Walter Benjamin (2018) en su crítica a la violencia del derecho,² ejercicio para nada menor.

Sin embargo, dicha «afirmación existencial» es una categoría abstracta que permite pasar a explicar la compleja y permanentemente mutable organización de cada sociedad. En ese paso se separa un pensamiento crítico de uno conservador: mientras el primero no incurrirá en idealismos fetichizados, el segundo sí. Aunque el segundo (como en el caso de Schmitt) permite elaborar construcciones teóricas con capacidad crítica, su potencialidad solo puede realizarse cuando se ocupan para analizar la concreta organización de una sociedad dada, en vistas a su modificación real-radical. En otros términos, requiere reflexionar de una manera que permita transitar permanentemente entre la abstracción y lo concreto-circunstancial-situado, pero de una forma en la cual su relación no es simétrica, ya que lo segundo debe ser el parámetro de lo primero.

Así, Jaime Bassa inicia un camino con respecto a dos pilares del constitucionalismo moderno: la pretensión de objetividad «científica» de la formalista «dogmática» de las constituciones y el sujeto que se constituye con ellas. Esto lo aplicará para explorar las posibilidades reales de una genuina nueva Constitución chilena, lo que coincide con el último momento de su reflexión, el tercer capítulo titulado «Cómo constituir: la lucha por el universal». En este punto plantea, siguiendo a Žižek, que las luchas sociales pueden apropiarse de las abstracciones en su expresión discursiva para subvertir lo socialmente dado. En palabras de Bassa (2018: 120):

La lucha por la hegemonía consiste, en efecto, en dotar de contenido a significantes diversos, redefinirlos y apropiarse de su universalidad; una universalidad ideológica que recoge el conflicto entre dos contenidos particulares: el dominante y el popular. Se trata de un proceso de reapropiación de los conceptos básicos del aparato teórico del constitucionalismo (poder constituyente, diferencia, igualdad).

2. Una renovada lectura desde el postestructuralismo francés, en la ineludible obra jurídico-crítica de Derrida (2018).

Sin embargo, la episteme jurídica hegemónica impide emprender un discurso contrahegemónico que resulte operativo, ya que su funcionalidad al orden dado estaría insita en sí al tratarse de una proyección ideológica del orden social actual. De este modo, las posibles alternativas se abren cuando se realiza una aproximación también alternativa, es decir, cuando se elabora una episteme contrahegemónica, y aquello es lo que el autor propone mediante una de índole materialista. Solo así sería posible, entonces, desfeticchizar el derecho moderno. Jaime Bassa acudirá a las famosas *Tesis sobre Feuerbach* de Karl Marx que, a su juicio, contienen una teoría del conocimiento que permite concebir a los sujetos no como meros agentes cognoscentes de una realización anterior y superior a ellos, sino como agentes transformadores de dicha realidad, donde la práctica sensorial del sujeto le lleva a concebir una realidad determinada. Así, el conocimiento, incluso el más abstracto, como el derecho, podría estar al servicio de la emancipación. El ser humano está condicionado, incluso en su conciencia, por la realidad social, pero dichas condicionantes son también producto de su agencia. Así, la realidad social no es algo necesario o inmodificable con respecto a lo cual quepa solo resignarse, sino más bien un contexto lleno de posibilidades y, por lo mismo, de esperanza.

Lo anterior, entonces, le permite afirmar que:

Desde el paradigma jurídico moderno, un conflicto entre derechos es comprendido y procesado en abstracto, como un desafío para la configuración teórica de las categorías en disputa y no como la manifestación de conflictos que emanan de una determinada estructura de relaciones políticas o sociales que involucran a determinadas clases sociales o a sus integrantes (Bassa, 2018: 128).

Ante este paso, se replantea la pregunta referente a la nueva Constitución para Chile y cómo constituirarla. A su juicio, y sirviéndose de todo el desarrollo teórico previo, la primera significa:

Una nueva estructura de las relaciones de poder, una nueva forma de existencia política de la comunidad, un cambio que se verifica a un nivel que va más allá de las abstracciones de las formas jurídicas. Se trata de un proceso lento que no se agota en uno o dos actos más o menos ritualizados. Requiere de un aprendizaje por parte de una comunidad cuya subjetividad ha estado marcada por el proyecto político de la dictadura civil y militar (Bassa, 2018: 130).

Se trataría de prácticas constituyentes desde lo concreto, ya no desde lo abstracto. Así, después de analizar la vía reformista iniciada en 1989 y su agotamiento, plantea que el camino alternativo genuinamente *constituyente* estaría en una asamblea constituyente, en la cual participen los sujetos políticos que han estado relegados a posiciones de subalternidad. En palabras del autor:

La forma es el fondo, porque quienes participen en el proceso constituyente y en la decisión política de dar paso a una nueva Constitución decidirán sobre la estructura de las relaciones de poder en las cuales ellos mismos participarán. Si de esa decisión

solo participan quienes hoy se ven privilegiados por esas relaciones de poder, estas no se verán afectadas, por lo que quienes están en posiciones de subalternidad, o de dominación, se mantendrán en ellas. Solo una apertura radical a la participación de las clases subalternas en el momento constituyente, puede dar paso a una nueva Constitución (Bassa, 2018: 143).

Finalmente, el autor entrega una serie de conclusiones, en las cuales sintetiza tanto los avances de su reflexión como sus aportes originales.

Tres reflexiones a partir de la lectura de la obra

El libro que el doctor Jaime Bassa ofrece para la discusión constitucional chilena goza de una destacable originalidad y, en razón de lo mismo, abre nuevos caminos de reflexión. En esta ocasión, se enunciarán brevemente tres reflexiones que surgieron a partir de su lectura. Primero, pareciera ser la expresión de una nueva corriente jurídica en nuestro medio; segundo, de ella se sigue la necesidad de replantear y rediscutir la operatividad real de la interpretación jurídica-constitucional; y, tercero, la necesidad de ampliar la perspectiva del análisis, ya que los condicionantes materiales de la agencia política-constituyente no se hallan solo en los límites fronterizos de la estatalidad moderna.

¿Un nuevo pensamiento jurídico en Chile?

Una difundida cartografía del pensamiento crítico adopta como criterio de identificación de este las teorías que cuestionan el orden social existente de forma global: las críticas que formulan no conciernen a aspectos limitados de este orden, sino que su dimensión crítica reside en la generalidad del cuestionamiento que realizan al mundo social contemporáneo (Keucheyan, 2017: 9-10). No se trata simplemente de cuestionar todo de forma global, sino de hacerlo de forma que la reflexión intelectual tenga por propósito central la incidencia en la realidad social. Es el quiebre en la historia de la filosofía que Marx habría realizado en su famosa onceava tesis sobre Feuerbach (Balibar, 2014: 47-83): «Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo». En cierto sentido relevante, es posible señalar que esta tesis constituiría el inicio del pensamiento crítico y la que mejor lo sintetiza.

Esta corriente también tuvo su expresión en la teoría jurídica, en diversas expresiones situadas: el caso norteamericano de los *Critical Legal Studies*, la famosa escuela de Frankfurt o el *Mouvement "Critique du Droit"* en Francia.

Siguiendo a Günter Frankenberg (2016: 24-34), exponente de la escuela de Frankfurt y que desde el pensamiento crítico cuestionó los fundamentos del derecho comparado, es posible señalar que dada la polisemia de la palabra «crítica»,³ se podría predicar a

3. Lo cual es predicable también en lengua castellana.

propuestas teóricas: i) por la autoidentificación de quien la elabora; ii) por la asociación con alguna de las escuelas críticas; o iii) mediante un criterio sustantivo, vinculado a su carácter no tradicional, es decir, crítico de la episteme hegemónica, que no se detiene en discusiones bizantinas, sino que las contextualiza en la realidad social y cuestiona sus efectos en ella.

Por su parte, Michel Miaille, en la obra pionera del movimiento francés *Une introduction critique au droit*, plantea que en el ámbito jurídico la crítica se propone la posibilidad de hacer aparecer «lo invisible», reflexionando sobre sus condiciones de existencia y su situación en el seno de la realidad social y, en ello, planteándose la posibilidad de la emancipación humana. De este modo, saca al derecho de su aislamiento y lo proyecta en el mundo real vinculándolo con todos los fenómenos de la sociedad, criticando así la tecnología jurídica insatisfactoria que predomina en la enseñanza del derecho de su país (Miaille, 1982: 17-29).

Pues bien, estas brevísimas referencias al pensamiento crítico permiten afirmar que en la obra de Jaime Bassa es posible encontrar todos los criterios señalados. Y no es necesario efectuar un difícil ejercicio de clasificación teórica, ya que el propio autor expone al lector su proyecto político-intelectual, que se entronca precisamente con esta corriente. Así, si también se consideran otros aportes recientes, es posible afirmar una incipiente formación de un pensamiento jurídico-constitucional crítico en Chile. Esto no significa que no existan otros constitucionalistas también críticos o que no se hayan planteado propuestas en ese sentido; el hito está en que se está constituyendo una obra colectiva consistente.⁴ En ese proceso, el libro que se comenta ocupará, sin dudas, un lugar decisivo: es pionero y refrescante. Se está elaborando un conjunto de herramientas teóricas constitutivas, incluso, de un lenguaje nuevo para el ámbito jurídico.

Un gran valor del pensamiento crítico en el derecho es que permite abrir líneas de investigación inexploradas sobre temas que parecieran estar agotados. En efecto, desde la crítica genuinamente crítica, siempre todo está por hacerse. Así, por ejemplo, con respecto a la teoría de la interpretación jurídica implícita en los discursos constitucionales hegemónicos.

¿Cómo opera realmente la interpretación jurídica?

Un aporte clave en la reflexión de Jaime Bassa (2018: 30) está en la identificación y crítica de la ampliamente hegemónica «concepción cognoscitivista de la interpretación constitucional, que pretende despolitizar el proceso de determinación del contenido normativo del texto». En efecto, tanto en la discusión pública como en instancias académicas, pareciera presuponerse que la interpretación constitucional constituye

4. Considérense las diversas versiones del «Congreso de Derecho y Cambio Social» como la calidad, regularidad, y amplitud de materias y disciplinas que se publican en la *Revista Derecho y Crítica Social*, disponible en bit.ly/2C56yub.

un «acto de conocimiento» (Troper, 2017: 98-103),⁵ como si el texto constitucional pudiese condensar en su significado una solución correcta que antecede el acto de interpretación y al intérprete. Como consecuencia de esta ingenua confianza en el texto, la discusión académica, como su proyección en el debate público, se plantea siempre a un nivel dogmático, es decir, como si el texto constitucional y sus textos satélites (jurisprudencia, interpretaciones de constitucionalistas —la doctrina— o textos similares del derecho extranjero) tuviesen por cualidad intrínseca entregar un contenido preestablecido. Así, si se procede adecuadamente, aplicando correctamente la técnica jurídica, podrá dilucidarse y dársele aplicación para un caso concreto. En otros términos, que la decisión preestablecida por «el constituyente» estará «contenida» en la Constitución.

En este montaje «teatral» (Caillouse, 2008: 26; 2017: 23),⁶ los constitucionalistas juegan el rol de ofrecer al intérprete auténtico —quien tiene la decisión final, el Tribunal Constitucional— ese contenido preestablecido, en un discurso consistente con la lógica formalista del sistema jurídico y con una coherencia interna que puede llegar incluso a refinamientos estéticamente sorprendentes. Pero nunca existirá coincidencia entre estos personajes, ya que cada cual reclamará ser el que usó correctamente la técnica jurídica y, por lo tanto, que su solución es «lo que la Constitución dice». No él, el constitucionalista, sino de la síntesis correcta de la danza entre el texto constitucional y sus satélites.

Dada la relevancia de este tema, Bassa (2013: 15-46) lo ha desarrollado previamente, incluso monográficamente en coautoría (Bassa y Viera, 2017). En efecto, se trata de un discurso clave en la ocultación de lo que realmente acontece en las discusiones constitucionales y, especialmente, en las decisiones del Tribunal Constitucional. Esta operación ideológica impide que la crítica social y su expresión política se dirija hacia lo que realmente acontece, y logra convertir «lo constituyente» en algo esotérico para quienes no participan del montaje. Así, parafraseando al autor, se priva a los constituyentes de poder: los ciudadanos y ciudadanas son alienados de lo que les concierne directamente por incidir de lleno en su cotidianeidad material, simbólica y subjetiva.

El camino para desarticular esta operación está planteado en el libro y se sigue de diversas partes de su reflexión. Sin dudas, la subversión teórica del kelsenianismo en la interpretación jurídica que realiza Bassa es de gran utilidad, y su posterior desarrollo podría abastecerse de otros desarrollos, como la teoría realista de la interpretación jurídica elaborada por Michel Troper (2001: 69-84) y que entiende de forma similar la obra de Kelsen. Sin embargo, el trabajo de dicho teórico galo sigue siendo muy tributario del formalismo positivista y sus supuestos, lo cual sería un obstáculo para un desarrollo genuinamente crítico en esta materia. Así, solo intuitivamente y a modo de

5. La distinción entre «acto de conocimiento» y «acto de voluntad» se toma de Michel Troper, la cual se explica, entre otras referencias, en el extracto referenciado.

6. Tomo esta referencia a la teatralidad del derecho de una propuesta similar que efectúa Jacques Caillouse, analizando el derecho administrativo francés en las dos obras señaladas.

posibilidad, ya que se trata precisamente de nuevos caminos alumbrados por el trabajo de Bassa, podría plantearse la necesidad de incorporar la crítica estructuralista y posestructuralista (Jeuland, 2016),⁷ el momento filosófico francés del que habla Badiou (2005: 37-45), tanto en lo referente a la complejidad de los textos, su operatividad real como la inserción de los discursos que permiten producir en la estructura ideológica de la sociedad chilena.⁸

En efecto, si se aceptan como plausibles rutas de este tipo hacia una teoría crítica-realista de la interpretación constitucional, y el nuevo constitucionalismo se aleja de las fetichizadas abstracciones, se evidenciará que lo que opera en la llamada «adjudicación» del juez constitucional no es un «acto de conocimiento», sino, por el contrario, un «acto de voluntad». Pero no de «pura voluntad», ya que toda decisión humana está (pre)condicionada socialmente. Así, lo relevante será estudiar la específica producción de condicionantes que operan en la práctica constitucional chilena. A nivel de intuición, podría avanzarse que limitan la acción del juez cierta imposibilidad de escapar del teatro de la práctica constitucional, ya que para decidir deberá siempre traducir su decisión en una articulación relativamente coherente de textos. El grado de coherencia dependería de una lógica dialéctica (como expresión de la conflictividad real de la sociedad chilena) entre la no afectación a la real constitución material y el ocultamiento a los constituyentes sin poder de lo que ocurre realmente.

Sin embargo, el camino de identificación de esas condicionantes, para asentar una nueva práctica que permita la agencia política-constituyente, no ha sido transitado del todo. Y esto resulta de urgencia, no solo para explorar las posibilidades de una nueva Constitución para Chile, sino también porque permitiría explicar la práctica constitucional actual. En efecto, por ejemplo, así podrá comprenderse cómo opera el Tribunal Constitucional chileno, por qué en su práctica puede perfectamente decidir algo de forma incoherente en su propio discurso, incurriendo en errores fácticos o de forma contradictoria con sus decisiones previas, pero siempre resguardando eficazmente el proyecto dictatorial. Sus jueces tienen cierto marco de decisión y aquel, como incluso su propio presidente lo afirmó públicamente, no está determinado por el texto constitucional formal.⁹ Cuál es ese marco, cómo opera y muta es una pregunta que permite plantearse la obra de Bassa y cuya respuesta permitirá explorar horizontes nuevos.

Transitar esta construcción teórica permitiría evidenciar, entonces, la real práctica constitucional que se quiere transformar. Sin embargo, no se trata de su único condicionante.

7. Así lo hace Jeuland, por ejemplo, con respecto a la teoría del derecho.

8. En este sentido, podría insertarse como elemento de una teoría de la ideología en el sentido desarrollado en Therborn (2015). En ese camino, el estudio del poder de Lukes (2014) puede ser de gran utilidad.

9. «Próximo presidente del TC afirma que la Constitución del 80 tiene “evidentes errores de redacción”», *El Mostrador*, 18 de agosto de 2017, disponible en bit.ly/329J2qB.

¿Cómo condicionan la agencia política-constituyente los poderes transnacionales e internacionales?

Un aspecto que pareciera estar ausente en la reflexión contenida en el libro es el referente a los condicionantes que impone la globalización y que específicamente operan en la práctica política chilena. A ratos pareciera seguirse que las posibilidades político-constitucionales se determinan en la conflictividad política de su sociedad. Sin embargo, situarla en el contexto de la(s) globalización(es) es un aspecto clave para explorar sus horizontes reales, no solo por la presión transnacional e internacional con respecto a ciertos asuntos incidentes en los contenidos de los textos constitucionales, sino porque detrás de los discursos jurídicos globales, internacionales o transnacionales y sus textos, acontecen conflictos, con réplicas locales, que condicionan realmente lo que acontece en cada Estado.¹⁰

En efecto, uno de los fenómenos que se identifica en la denominada globalización jurídica sería que crecientemente la producción jurídica se realizaría, materialmente, fuera de los contornos de la estatalidad moderna (Robé, 2013: 337-361),¹¹ aunque si bien requiere luego ser internalizada, de alguna manera, por los Estados, su contenido es decidido en otros espacios de poder. Por cierto, este fenómeno no opera de la misma manera en todas las sociedades, por ello lo clave será situarlo en Chile. De este modo, entonces, si los constituyentes chilenos ejerciesen su poder y pretendiesen dotarse de un nuevo texto y práctica constitucional, ¿qué condicionantes ajenas a las fronteras estatales serían de relevancia? ¿En qué medida determinarían el resultado de la agencia política-constitucional? ¿Es posible un proyecto emancipador bajo dichas condicionantes? ¿Cuáles son las posibilidades políticas reales? Todas estas son preguntas que surgen a partir de las nuevas perspectivas abiertas por la obra de Jaime Bassa.

Referencias


- AKHTAR, Zia (2015). «Law, Marxism and the State». *International Journal for the Semiotics of Law*, 28: 661-685. DOI: [10.1007/s11196-015-9413-1](https://doi.org/10.1007/s11196-015-9413-1).
- AUBY, Jean-Bernard (2010). *La globalisation, le droit et l'État*. 2.^a ed. París: LGDJ.
- BADIOU, Alain (2005). «La aventura de la filosofía francesa». *New Left Review*, 35: 37-45. Disponible en bit.ly/2CpRzer.
- . (2018). *Petrograd, Shanghai. Les deux révolutions du XXe siècle*. París: La Fabrique.

10. Para una reflexión en los términos señalados en este comentario, véase Auby (2010), Chevallier (2017), de Sousa Santos (2009) y Gabilondo (2019). En específico, desde el comparatismo crítico y aplicado al estudio de los derechos constitucionales, analizando el punto que acá se comenta, véase Ponthoreau (2018: 105-134).

11. Uno de los actores más relevantes en este proceso, muchas veces con un poder real mayor a varios Estados, son las grandes empresas multinacionales, las cuales condicionan con sus decisiones la acción estatal. Tanto es así, que se ha planteado que se trataría de un nuevo eje o vector del constitucionalismo. De esa forma se explica en la obra referenciada.

- BALIBAR, Étienne (2014). *La philosophie de Marx*. París: La Découverte.
- BASSA, Jaime (2013). «La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX». *Estudios Constitucionales*, 11 (2): 15-46. DOI: [10.4067/s0718-52002013000200002](https://doi.org/10.4067/s0718-52002013000200002).
- . (2018). *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*. Valparaíso: EDEVAL.
- BASSA, Jaime y Christian Viera (2017). *Elementos de teoría e interpretación constitucional para el proceso constituyente*. Santiago: Thomson Reuters.
- BENJAMIN, Walter (2018). *Crítica de la violencia*. 2ª edición. Madrid: Biblioteca Nueva.
- CAILLOSE, Jacques (2008). *La constitution imaginaire de l'administration. Recherches sur la politique du droit administratif*. París: Presses Universitaires de France.
- . (2017). *L'État du droit administratif*. 2ª ed. París: LGDJ.
- CHEVALLIER, Jacques (2017). *L'État post-moderne*. París: LGDJ.
- DERRIDA, Jacques (2018). *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. 3ª ed. Madrid: Tecnos.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2009). *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
- FRANKENBERG, Günter (2016). *Comparative Law as Critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- GABILONDO, Joseba (2019). *Globalizaciones. La nueva Edad Media y el retorno de la diferencia*. Madrid: Siglo XXI.
- JEULAND, Emmanuel (2016). *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*. París: LGDJ.
- KEUCHEYAN, Razmig (2017). *Hémisphère gauche. Une cartographie des nouvelles pensées critiques*. París: La Découverte.
- LUKES, Steven (2014). *El poder. Un enfoque radical*. 2ª ed. Madrid: Siglo XXI.
- MIAILLE, Michel (1982). *Une introduction critique au droit*. París: François Maspero.
- MUÑOZ, Fernando (2015). *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*. Valdivia: Universidad Austral de Chile.
- PONTHOREAU, Marie-Claire (2018). «“Global constitutionalism”, un discours doctrinale homogénéisant. L'apport du comparatisme critique». *Ius Politum*, 19: 105-134. Disponible en bit.ly/3iUX3yh.
- ROBÉ, Jean-Philippe (2013). «Les entreprises multinationales, vecteurs d'un nouveau constitutionnalisme». *Archives de philosophie du droit*, 56: 337-361. Disponible en bit.ly/2WbMFsp.
- THERBORN, Göran (2015). *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Madrid: Siglo XXI.
- TROPER, Michel (2001). *La théorie du droit, le droit, l'État*. París: Presses universitaires françaises.
- . (2017). *La philosophie du droit*. 4ª ed. París: Presses universitaires françaises.

Sobre el autor

FLAVIO QUEZADA RODRÍGUEZ es abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y magíster en Derecho con mención en Derecho Público por la Universidad de Chile. Además, es Master en *Droit Public Fondamental* por la *Université de Bordeaux*. Actualmente, es doctorando en Derecho y Ciencia Política en la *Universitat de Barcelona* y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso. Su correo electrónico es flavioqr@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-5981-3060>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io