

**Poul F. Kjaer (2014). *Constitutionalism in the Global Realm*.
London: Routledge, 186 pp.**

ALDO MASCAREÑO

Universidad Adolfo Ibáñez

Algo ha cambiado en el debate constitucional especialmente en la última década. De ser un tema asociado únicamente a las posibilidades y límites de la democracia del Estado-nación pasó a ser uno con connotaciones globales, o al menos transnacionales. Varios nuevos análisis cuyos temas van desde las pretensiones más clásicas fundadas en el derecho internacional hasta la constitucionalización de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de los regímenes privados de *governance*, de las regulaciones de Internet y de los *shareholders* de firmas transnacionales, han hecho que el constitucionalismo adquiera renovado interés y nuevos espacios para probar sus herramientas analíticas y normativas.

Por cierto el nuevo impulso ha provenido desde los múltiples procesos de transnacionalización y globalización en distintos ámbitos sociales, que en lo fundamental han producido un conjunto de actores no estatales cuyas pretensiones normativas parecen escapar al alcance de las constituciones nacionales. Por ello no debe extrañar que la sociología se haya internado en la discusión de manera decidida. Sin ánimo de exhaustividad, la reflexión sociológica respecto de la Constitución se ha internado en temas como la constitucionalización del derecho internacional (Habermas, 2004; 2005), la diferencia entre constitucionalización de la sociedad mundial y democratización (Brunkhorst, 2010), la constitucionalización social transnacional de regímenes privados (Teubner, 2003; 2012), la construcción histórica de la Constitución asociada al Estado-nación (Thornhill, 2011) o la formación de normas de interconexión de regímenes que pueden ser consideradas transconstitucionales (Neves, 2013). En el horizonte abierto por estas discusiones se sitúa el libro de Poul F. Kjaer (8 capítulos divididos en 3 partes más una conclusión), construido principalmente sobre un trasfondo sistémico luhmanniano, aunque ello no impide la crítica de sus conceptos en varios pasajes del libro.

La Introducción describe precisamente la metamorfosis del discurso constitucional ante la emergencia de estructuras transnacionales que ya no descansan en la diferenciación territorial del Estado-nación, sino en la diferenciación funcional en tanto principio organizacional de la sociedad mundial moderna. Acorde con esto, habría según Kjaer un discurso constitucional mayoritario que básicamente busca trasladar los conceptos del Estado-nación al nuevo ámbito transnacional de organizaciones semipúblicas (OMC, Banco Mundial, Unión Europea) y privadas productoras de normas. Paralelamente, existiría un discurso más bien minoritario sobre todo asociado a la tradición del derecho privado que buscaría crear una nueva conceptualización ante el fenómeno transnacional y así romper con la primera tradición. Kjaer entiende su propio esfuerzo como un intento

de construir una teoría general del constitucionalismo que permita una comprensión integrada de ambas dimensiones. Esto supone al menos tres movimientos importantes: cambiar el objeto constitucional desde el Estado, a lo que el autor denomina órdenes normativos, concebir la globalización también como globalización de la estatalidad (*statehood*) en el marco de una diferenciación funcional de alcance mundial, y transitar desde una comprensión puramente normativa de la política y el derecho a una modalidad transnormativa con un alto componente cognitivo abierto al aprendizaje. Si se trata de una teoría integrada, entonces la integración a la que Kjaer aspira encuentra sus bases en las premisas del segundo discurso constitucional, aquel que busca nuevos conceptos para un fenómeno sociológico nuevo.

Kjaer inicia entonces una plausibilización histórica de sus tesis centrales en el Capítulo 2. Por una parte el Estado, por otra Europa como región y sucesivamente otras regiones del mundo emergen como resultado evolutivo de un largo proceso de configuración mutua. Ninguna se constituye basada en un modelo preconcebido. La clave para entender estas transformaciones está en el primado que gana la diferenciación funcional frente a formas territoriales de diferenciación. Esto permite, por un lado, que el Estado logre universalidad funcional y que a la vez sea constantemente tensionado por procesos sociales sobre y bajo él. De tal modo, no se puede seguir pensando que el Estado sea la única fuente de autoridad como lo hace la teoría constitucional tradicional. Por otro lado, la diferenciación funcional desarticula la diferenciación centro/periferia típica del colonialismo europeo y la reemplaza por estructuras que adquieren un carácter transregional compuesto por configuraciones normativas delineadas en regímenes funcionales. Kjaer pone énfasis en que todo ello ha conducido a una implosión del mundo eurocéntrico. Esto es cierto en varios sentidos, pero queda por discutir si tal implosión se debe a una expansión de estructuras y semánticas europeas (algo así como “todo el mundo se vuelve Europa”) o si –y en qué medida– la construcción de una sociedad mundial implica la combinación de estructuras y semánticas de diversas regiones del globo. Esta última pareciera ser la opción de Kjaer, aunque el argumento podría ser más explícito.

El Capítulo 3 introduce una importante innovación teórica para sustentar la idea del constitucionalismo transnacional. Al partir del concepto de sociedad mundial y de sus múltiples regímenes funcionales, el Estado queda como una unidad más entre otras. Por ello se requiere buscar la unidad básica productora de normas. Esta no es el Estado, sino lo que Kjaer llama *órdenes normativos*: estructuras autosuficientes en cuanto a producción de sentido e integración de normas y funciones que estabilizan expectativas (47). Esto incluye organizaciones, redes, comunidades y también al Estado, instancias que enfrentan el desafío de producir orden y a la vez de interrelacionarse en múltiples y conflictivas líneas horizontales y verticales de coordinación. Para Kjaer, tal ejercicio de coordinación recae en las estructuras de *governance*, cuya función es aumentar las capacidades reflexivas y de observación entre órdenes normativos. Este esquema (órdenes normativos de bases múltiples, más estructuras de *governance* con capacidad de coordinación) resuelve de manera coherente y elegante la complejidad alcanzada por el contexto transnacional. Ofrece además un modelo heurístico de alta aplicabilidad empírica, no solo en lo referido a la constitucionalización, sino en cuanto

a la investigación general acerca del transnacionalismo. Probablemente quede por resolver en este esquema la posición de prácticas sociales no autosuficientes, más bien íntimas o de interacción local eventual y esporádica: una conversación en el metro o el ascensor, la vivencia estética, la actitud del *flâneur*, la serendipia científica, o incluso los famosos ciclistas de Weber que chocan sin verse. La contingencia juega siempre un papel externo al orden. ¿Se resuelve esto también por estructuras de *governance*, por cognitividad de la norma?

Los Capítulos 4 y 5 –respectivamente sobre las transformaciones del derecho y la política en el espacio transnacional– pueden ofrecer una respuesta a esto. El derecho se hibridiza en un *continuum* de formas *hard* y *soft*, se fragmenta en momentos de incerteza, renuncia a un ordenamiento jerárquico y se interpenetra con otros ámbitos sociales intercontextualmente produciendo derecho interno y externo a los órdenes normativos. Todo ello demanda una notoria cognitividad de la norma (adaptabilidad sin anulación) para reducir las fricciones. La política, por su parte, ya no es solo política estatal. También tiene lugar en sistemas de negociación transversales que combinan normas jurídicas y no jurídicas (en ciencia, educación, profesiones, sindicatos) y que expresan semánticas propias orientadas a la unidad del mundo bajo la lógica focal de cada ámbito. En tal sentido, el concepto de *pueblo* pierde significancia como reflejo normativo de pretensiones democráticas de unidad. En un espacio transnacional sin predilección por la democracia en sentido clásico, más vale hablar –dice Kjaer (89)– de *stakeholders*, es decir, de un conjunto institucionalizado de actores potencialmente afectados y, por tanto, con derecho a decidir. Se trata de un concepto cognitivo y móvil (los *stakeholders* siempre cambian), un equivalente funcional del “pueblo” a nivel de los órdenes normativos. La política no es la referencia primaria en el espacio transnacional. En vista de que su foco es funcional, las estructuras transnacionales regularmente emergen como formas tecnocráticas, *manageriales*. Solo *ex post* dan paso a una política que busca subsanar déficits democráticos mediante criterios autorreflexivos como transparencia (criterio pasivo) y autorrepresentación (criterio activo).

De este modo, la crítica desde los conceptos democráticos del Estado-nación tiene sentido, pero sería –para Kjaer– inapropiada pues se basa en una traslación mecánica de los conceptos de política y derecho del Estado al ámbito transnacional (la comparación adecuada sería con el colonialismo, desde el que lo transnacional emerge). Este argumento esgrimido por el autor, puede ser teóricamente plausible y lógicamente correcto. Sin embargo, si las estructuras de *governance* están llamadas a aumentar las capacidades reflexivas de los órdenes normativos, la exigencia (también normativa) de democratización recae directamente sobre ellas y no puede desconocerse por “motivos lógicos”. Porque el Estado ha sido históricamente incapaz de resolver problemas como el acceso igualitario a la educación, o de atender correctamente las demandas ecológicas o laborales de múltiples movimientos de protesta, o de eliminar las restricciones a la participación transnacional por medio del control de medios y de Internet, o de evitar muertes masivas por enfermedades como el SIDA porque los afectados no pueden recibir medicamentos pues lo impide el régimen de patentes, las estructuras de *governance* pueden ser incluso la última esperanza. Justamente una constitucionalización de órdenes normativos

transnacionales debe ocuparse de este tipo de temas y presionar lateralmente por la adopción de los principios normativos que la propia constitucionalización promueve.

Como el Capítulo 6 lo indica, todo ello deriva de un aumento de diferenciación que provoca una disociación entre expectativas y actualización de posibilidades. Esto recibe el nombre de crisis. La imposibilidad de manejar este incremento de diferenciación y complejidad por medio de la configuración constitucional estatal especialmente en Europa en la primera mitad del siglo XX, implica a la vez su colapso y, con ello, un colapso de límites entre política y economía –expresado después en el monetarismo y la desregulación que condujeron a la última crisis financiera–. Se requería de una nueva configuración constitucional, pero no solo en Europa y no solo en el ámbito financiero. Europa efectivamente desarrolló un proceso de constitucionalización económica. Sus raíces históricas se muestran en el Capítulo 7 y se muestra ahí también cómo la Unión Europea ha llegado a ser (a partir del Tratado de Maastrich) un marco que suplementa la original constitución económica con otras constitucionalizaciones sectoriales en medio ambiente, consumo, ciencia. Que esto llegue a ser efectivamente global es también una pregunta que el capítulo avanza. Por ejemplo, la doctrina del Consenso de Washington que afecta a organizaciones globales como la OMC, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), efectivamente evidencia un impulso constitucional en el campo económico, pero sin las debidas autolimitaciones que puedan actuar como barrera de contención frente a la transferencia de la lógica económica a otras esferas sociales. En el nivel global se puede advertir más bien una compatibilidad normativa débil. Esto no debiera ser motivo de preocupación en tanto no se espere homogeneidad en la sociedad mundial, sino una cierta afinidad no sustantiva y coherencia constitucional interna en distintos órdenes normativos. Esto es lo que Kjaer describe en el caso de las certificaciones de *fair-trade*, que buscan compatibilizar sustentabilidad ecológica con estándares sociales y laborales en los procesos de producción.

El Capítulo 8 recoge los análisis previos para reconstruir el concepto de constitucionalización frente a los desarrollos estructurales modernos. En tal contexto, la constitucionalización debe ofrecer una doble prestación: coherencia interna del ámbito constitucional y compatibilidad legal y social frente al entorno con el que se producen intercambios (137). Kjaer sitúa aquí el foco constitucional en la organización formal como una estructura central en la diferenciación funcional. Se puede hablar de Constitución “en todos los casos en los que una estructura social legal y no legal se unen en el marco de una organización formal, estableciendo así una forma particular de doble autoconstitución que asegura concordancia entre una perspectiva legal y otra no legal” (143). De tal modo, la Constitución construye no solo el orden normativo interno, sino también el vínculo con el entorno relevante. En el nivel transnacional también las estructuras de *governance* desarrollan esta posibilidad de constitucionalización y ofrecen una doble prestación: reducen los riesgos de autodestrucción por medio de autovinculación y controlan las externalidades negativas (ejercicio de “derechos constitucionales”) para los posibles afectados en el entorno. De este modo, los órdenes constitucionales no son en sí una organización y no reflejan *una* estructura social existente. Se trata más bien –como queda claro en la Conclusión del libro– de órdenes normativos en una red

constitucionalizada que ofrecen una dimensión epistémica (y normativa) para un vínculo entre las dimensiones jurídica y extrajurídica de la vida social.

Como se puede apreciar, el de Poul F. Kjaer es un libro de rica complejidad analítica. De todos modos, el problema empírico que aborda así lo amerita y pone al autor ante la tarea de resolver dos importantes dificultades. Por un lado, los procesos constitucionales más allá (o más acá) del Estado-nación son un desarrollo evolutivo emergente en la sociedad mundial y por tanto sus perfiles no se asientan aún con plena claridad. Por otro, la larga tradición constitucional asociada al Estado-nación está tan estrechamente impregnada de las formas de concebir el derecho, la política y la democracia que un desafío de reconfiguración conceptual se verá inevitablemente enfrentado a límites teóricos y condicionamientos dogmáticos.

El primer problema se debe enfrentar con cautela. Kjaer lo hace. Quizás con demasía. En varios pasajes del texto valida sus argumentos con cuidados análisis históricos y descripciones estructurales contemporáneas que no solo informan al lector, sino que le entregan las bases para entender los giros conceptuales y teóricos adoptados. No obstante, tales ilustraciones están más bien concentradas en la experiencia europea, y cuando se trata del *global realm*, es bueno ampliar el espectro. Los casos de constituciones económicas sin autolimitación son, por ejemplo, más radicales en América Latina que en cualquier otra parte del mundo, incluso que en la Inglaterra de Thatcher. La razón es simple: se formaron bajo dictaduras militares a fines del siglo XX que no “perdían tiempo” con los *checks and balances* democráticos. La alta monetarización de la educación, de la salud, del transporte público, de los servicios sociales incrementó hasta el extremo las desigualdades sociales y conduce hoy a crisis de complejidad severas (crisis de constitucionalización) como en Chile, Brasil, Perú, de las que solo se puede salir con profundas reformas estructurales o con las anacrónicas recetas del populismo (Venezuela, Argentina). Por otro lado, con todos sus conflictos étnicos, Estados fallidos y consecuencias coloniales aún vivas, África se ha movido (también desde fines del siglo pasado) hacia una constitucionalización económica por medio de la armonización del derecho comercial en la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA). Una secretaría permanente, una escuela judicial regional y una corte de justicia y arbitraje común cuya jurisprudencia descansa en un concepto de orden público transnacional, invitan a pensar en varios de los conceptos y relaciones teóricas que Kjaer pone en movimiento en sus análisis de constitucionalización –y a la vez ello muestra que la constitucionalización no tiene que emerger necesariamente en espacios de reconocida tradición democrática estatal–. Análisis de este tipo complementarían el foco global del análisis y reforzarían de paso la tesis de la implosión del mundo eurocéntrico.

El segundo problema Kjaer lo enfrenta con serenidad sociológica. Deriva la teorización desde los movimientos empíricos del objeto que investiga, construye su arquitectura conceptual desde las operaciones reales que se dejan observar (y en esto es más luhmanniano de lo que probablemente él mismo esté dispuesto a aceptar). Debido a que el constitucionalismo en el contexto global es un proceso en marcha, un movimiento emergente de múltiples aristas (combina formas legales y no legales, vincula organizaciones, redes, comunidades y estructuras de *governance*, produce nuevas prácticas políticas y

giros normativos que desagregan la típica estructura estatal, introduce vigorosos y nuevos modos de cognitividad de normas, transforma los límites de lo público y lo privado), es preciso estar muy atento a sus idas y venidas. Por ello la constitucionalización en el contexto global no puede reflejarse en una teoría simple: al derecho viviente hay que captarlo con una teoría viviente; una que haga emerger el fenómeno en el momento en que lo construye. Justamente por esto Kjaer critica con decisión la traslación de conceptos estatales a la nueva realidad. La aplicación modelística de la forma estatal oscurece más que ilustra la novedad del fenómeno transnacional y mueve performativamente a pensar que el mundo (la sociedad mundial más bien) no debiera ser más que una especie de estado de Estados. La movilidad de los órdenes normativos y su constitucionalización no se deja encerrar en estos marcos.

En suma, el libro de Poul F. Kjaer *Constitutionalism in the Global Realm* relata con sofisticada prestancia sociológica la novedad emergente de un fenómeno consustancial a la modernidad, que además interesa no solo a sociólogos, politólogos y juristas, sino a todos nosotros en tanto ciudadanos de la sociedad mundial.

REFERENCIAS

- Brukhorst, Hauke. 2010. "Constitutionalism and Democracy in the World Society". En *The Twilight of Constitutionalism?*, editado por Petra Dobner y Martin Loughlin. Oxford: Oxford University Press, 179-198.
- Habermas, Jürgen. 2004. "Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?". En Jürgen Habermas, *Der gespaltene Westen*. Frankfurt: Suhrkamp, 113-191.
- Habermas, Jürgen. 2005. "Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?". En Jürgen Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion*. Frankfurt: Suhrkamp, 324-365.
- Neves, Marcelo. 2013. *Transconstitutionalism*. Oxford, Hart Publishing.
- Thornhill, Chris. 2011. *A Sociology of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Teubner, Gunther. 2003. Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63: 1-28.
- Teubner, Gunther. 2012. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press.

Aldo Mascareño es doctor en sociología de la Universidad de Bielefeld, Alemania, profesor titular de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez y Director del Núcleo Milenio Modelos de Crisis (NS 130017) en cuyo marco se elaboró este texto. Es autor de varios libros y artículos. Sus intereses de investigación son teoría sociológica, sociología de América Latina, sociología del derecho. E-mail: aldo.mascareno@uai.cl.