

**GLOBALIZACIÓN Y TRANSFERENCIAS
CONSTITUCIONALES.
CONSIDERACIONES SOBRE
POTENCIALES IMPLICANCIAS EN EL
PROCESO CONSTITUYENTE
CHILENO**

EDUARDO A. CHIA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. Estructura. 2. GLOBALIZACIONES. 2.1. Globalizaciones, transnacionalizaciones y teoría jurídica. 2.2. Derechos foráneos, comparaciones y algunos problemas. 2.2.1. Lo extranjero y las comparaciones. 2.2.2. Los problemas. 2.3. Comparaciones, transferencias, constitución(es). 2.4. Transferencia de derechos extranjeros y asesorías para la elaboración constitucional. 2.4.1. Asesorías transnacionales y transferencias en la elaboración constitucional. 3. PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO. 3.1. Asesorías transnacionales y comparación constitucional en el proceso constituyente chileno. 3.1.1. El caso de la OECD. 3.1.2. El caso de IDEA. 3.1.3. Otros casos de organizaciones de asesorías transnacionales. 3.1.4. Algunos problemas. 4. OBSERVACIONES FINALES.

Fecha recepción: 03.06.2021
Fecha aceptación: 11.01.2021

GLOBALIZACIÓN Y TRANSFERENCIAS CONSTITUCIONALES. CONSIDERACIONES SOBRE POTENCIALES IMPLICANCIAS EN EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO*

EDUARDO A. CHIA**

Goethe-Universität Frankfurt am Main

1. INTRODUCCIÓN

¿Cómo se podrían relacionar la gestación de una constitución con los procesos de globalización capitalista? Este artículo sugerirá que el puente lo provee la transferencia constitucional como parte integrante de los estudios constitucionales comparados. Esto es así porque aquéllos ya no solo versan sobre lo *internacional*, sino que también implican lo *transnacional*. Se intentará evidenciar la conexión mediante la observación de algunas facetas empíricas del caso constituyente chileno que aún está en curso, sin perjuicio de otros ejemplos que se ofrecerán. Para estos efectos, se entenderá la comparación constitucional como el estudio y empleo del derecho extranjero como insumo para escribir un texto constitucional, sea parcial o total. Cabe prevenir que el documento no abordará la discusión teológico-filosófica del significado del poder constituyente, sino que se referirá a una dimensión más práctica, relacionada con las problemáticas que subyacen en las fuentes de los procesos de producción intelectual,

* Este texto se enriqueció con las observaciones y sugerencias de Daniel Dodds, Flavio Quezada, Constanza Núñez, Viviana Ponce de León, Tomás Vial, Yohana Villablanca y uno de los árbitros ciegos que revisó el artículo. Como es obvio, están eximidos de las deficiencias que permanecieron. El financiamiento otorgado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de la República de Chile (ANID)/DOCTORADO BECAS CHILE/2020-722104830 hizo posible este trabajo.

** Abogado. Doctorando en Derecho, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Dirección postal: Theodor-W.-Adorno-Platz 4, 60323, Frankfurt am Main. Correo electrónico: eduardo.chia@gmail.com

redacción y arquitectura institucional de una constitución. Lo que interesa revisar, en concreto, son dos cuestiones co-implicadas.

Primero, la elaboración constitucional está lejos de ser una mera *expertise* técnica¹ de pretensión neutral. En efecto, posee un carácter político y normativo irreducible a intervenciones basadas en puros hechos físicos o naturales. Neutralidad se entenderá, aquí y en adelante, como la pretensión de que no habría partes políticamente interesadas. En este caso, operativizado mediante el trabajo de juristas y asesores constitucionales. No tiene que ver con la ausencia de arbitrariedad, sesgos o favoritismo, quizá más propio de la imparcialidad. Tampoco debe confundirse con la discusión filosófica sobre la objetividad (o no) de los juicios morales o el objetivismo metafísico. Lo que es importante señalar es que el discurso de la pericia profesional (especialmente en las ciencias sociales) basado en datos neutrales que yacerían ahí dados, oculta la historia y la mutabilidad de la realidad social. No es agnóstico ni inocente, ya que no está libre de compromisos ideológicos. La idea misma de que se trate un proceso político de autodeterminación democrática mediante la elaboración constitucional como una cuestión tecnológica, una labor ingenieril, es problemática. La escritura de una constitución, a diferencia de otros procesos jurídicos, es radicalmente política en la medida que tiene que ver con disputas y relaciones de poder que decidirán la estructuración y distribución institucional de la autodeterminación colectiva de un pueblo hacia la posteridad. La elaboración constitucional no puede desacoplarse en abstracto, mediante el procesamiento de datos supuestamente neutrales, de su historicidad y de la realidad socioeconómica en la que está implicada.

Segundo, en el marco de los procesos de globalización, la redacción de constituciones ya no se basa solo en la observación de aquellos Estados con los que se comparten algunas proximidades. Tampoco se circunscribe al examen de uno o varios órdenes jurídicos extranjeros que se tomaban tradicionalmente como «ejemplares». Hoy las prácticas de la comparación constitucional han transitado, en parte, hacia la estructuración de repertorios universales en los que se encuentran disponibles toda clase de reglas, vocabularios y regímenes descontextualizadas de todo matiz nacional, histórico, político o económico.² Esto presenta dificultades en la medida que constituye un intento de naturalización de ciertas formas constitucionales predominantes que apareja una tendencia hacia la *reificación*. Las relaciones normativas se transforman en relaciones

¹ Para una crítica de las tendencias antidemocráticas despolitizantes e ideológicas del discurso técnico reificado que legitima un orden de poder y dominación, *vid.* HABERMAS, J. (1968). *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 48-103, esp. 74-77, 90-92.

² Se tomará y expandirá la tesis IKEA de Günter Frankenberg sobre el transplante constitucional que ha sido desarrollada en distintos trabajos; *vid.* FRANKENBERG, G. (2003). *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 115, 124-132; *Id.* (2010). «Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, N° 3, pp. 563-579; *Id.* (2013b). «Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer», en *Id.* (ed.) *Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 1-26; *Id.* (2018). *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 111-155.

entre ciertas cosas. Si bien los materiales eventualmente podrían proceder de cualquier parte del mundo, la decisión sobre los elementos que se incorporan al reservorio no parece ser ni aleatoria ni basadas en una racionalidad estrictamente técnica. El trabajo sugerirá que dicha decisión responde a un determinado programa político.

La combinación de estos dos problemas permite hacer visible un tercer factor controvertido. El tipo de material jurídico-constitucional reificado podría responder a una pretensión *imperial*³ que aboga por lograr, mediante la recomendación de particulares formas constitucionales, la seguridad, estabilidad, homogeneidad y armonización que resulta indispensable para el adecuado funcionamiento del mercado mundial. De esta forma, la potencialidad sería la siguiente: durante un proceso de elaboración constitucional los sujetos constituyentes podrían recurrir a asesorías constitucionales que basan su pericia en el conocimiento del derecho extranjero. Algunos de estos servicios de consultorías han alcanzado un nivel organizacional y estructural de dimensiones transnacionales que les otorga posiciones de poder informacional y de influencia. En efecto, se valen del conjunto de datos constitucionales abstraídos de su entorno, actualizados, que se encuentran disponibles en bases de datos en formatos desagregados y tematizados; luego los ofrece, bajo el argumento de la autoridad del experto agnóstico, a los procesos constituyentes locales. En esta dinámica yacen los inconvenientes. Por una parte, emerge una tensión entre el carácter político de la elaboración constitucional y las pretensiones de una supuesta neutralidad de los agentes asesores; por otra, la selección de materiales constitucionales que ofrece la asesoría no solo ha sido previamente naturalizada y deshistorizada, sino que además se *transfiere* de un lugar a otro como si fuese una mera mercancía. Las preferencias no son aleatorias, pues —según se intentará argumentar— cristalizan un tipo específico de constitucionalismo liberal que es afín al desenvolvimiento del capitalismo. Dada esta hipótesis, un examen crítico se hace necesario.

El periplo de este trabajo es abordar estos tres problemas tensionados bajo el análisis de diferentes elementos. Agencia, procedimiento y materia. Las cuestiones que subyacen a lo largo de este texto tienen que ver con el sabor imperialista y naturalizador que posee la transferencia funcionalista de los derechos constitucionales extranjeros si no se desvelan previamente los proyectos y compromisos ideológicos involucrados. Lo que interesa destacar es que la transferencia constitucional acrítica y sin cautelas, se podría convertir en un factor que merma y distorsiona la autonomía política de los pueblos para la autodeterminación democrática. La libertad e igualdad política podría verse comprometida. Solo la deliberación libre y genuinamente democrática es legítima para decidir qué es lo idóneo para la satisfacción de las pretensiones

³ Se toma la idea de imperio en un sentido amplio como forma de poder político, económico y jurídico con pretensiones de control de partes subalternas mediante estrategias de presión diplomática y económica justificadas por narrativas legitimadoras como las de la globalización y el desenvolvimiento del mercado mundial. Se sigue en especial a KOSKENNIEMI, M. (2017). «Introduction: International Law and Empire—Aspects and Approaches» en Jiménez, M., *Id. et al.* (eds.) *International Law and Empire. Historical Explorations*, Oxford, Oxford University Press. pp. vi-vii; 5-10.

populares. El recurso al derecho extranjero no es una cuestión tecnológica e inocente. Según el actor que lo invoque, esconde preocupaciones políticas y normativas. Sin cuidar el método adecuado, la descontextualización de lo social, lo cultural y lo histórico genera perplejidades. Importar y emular instituciones extranjeras, sin la suficiente reflexión, ni la adecuada distancia, conduce a la experimentación antes que al aprendizaje. La pretensión de dominación permanecerá oculta, si no escudriñan los detalles de los programas ideológicos de los agentes, sus fuentes de información y financiamiento. Algunos de estos conflictos se describirán y discutirán en este documento mediante una revisión de literatura reciente, bastante variada, a fin de documentar el trabajo. La globalización capitalista en relación con ciertas disciplinas jurídicas operará como circunstancia contextual. En definitiva, se sugerirá hacia el final que en dicho esquema la transferencia de la forma jurídica-constitucional, mediante ejercicios de comparación, opera como un vehículo de movilización de programas capitalistas de orientación global.

Estructura

El trabajo será estructurado en dos partes. En la parte (2) se expondrá el marco teórico conceptual en el que el escrito se fundamenta y el contexto en el que se inscribe. Primero, se entregarán descripciones generales y compactadas sobre la idea de globalización (capitalista). Luego se referenciarán algunas de las formas en que la globalización ha impactado la teoría jurídica contemporánea. Se posicionará allí el realce reciente de los estudios comparados sobre derecho extranjero (2.1). Segundo, se ofrecerá un breve recuento histórico acerca del desarrollo derecho comparado moderno en general y de la comparación constitucional en particular; enseguida, se enunciarán algunas de las críticas y problemas que se han formulado contra las versiones ortodoxas del comparativismo (2.2). Tercero, se revisará el uso de la comparación y el recurso al derecho constitucional extranjero como ensamblaje, promoción y traslado de instituciones, reglas y regímenes predominantes propios del orden del constitucionalismo liberal (2.3). Por último, se emitirán consideraciones sobre ciertas consecuencias e inconvenientes que aparecen las asesorías constitucionales en general y de carácter transnacional en particular. En especial cuando se trata de transferencias de información constitucional en procesos constituyentes en sentido amplio (2.4).

La parte (3) contendrá consideraciones hipotéticas de índole empírica sobre potenciales impactos que podrían acontecer en el proceso constituyente chileno. A partir del marco teórico ofrecido en la parte (2), se examinará de modo exploratorio la situación concreta y aún contingente del rol de las asesorías transnacionales. Primero, se examinarán dos convenios de consultorías transnacionales basadas en estudios comparados sobre derechos constitucionales foráneos. En particular, aquellas ofrecidas por una organización de gobernanza global como la *Organisation for Economic Co-operation and Development* (3.1.1) y por una organización intergubernamental como *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (3.1.2). Segundo, se descri-

birán sucintamente otros dos proyectos de asesoría transnacional en base a estudios sobre derecho extranjero: *Comparative Constitutional Project* y la *European Commission for Democracy Through Law* (3.1.3). Luego se enunciarán algunos de los problemas que se siguen de sus prácticas (3.1.4).

Finalmente, (4) contendrá un recuento del trabajo y algunas observaciones finales a modo de conclusión. Se ofrecerán comentarios sobre las transferencias jurídicas y la globalización capitalista que apuntan a delinear un programa mayor de investigación.

2. GLOBALIZACIONES

La narrativa de la globalización que se presentará tiene trasfondo en la economía política. Intentará describir una coimplicación co-originaria entre la economía y el derecho. Las relaciones entre ambas son dialécticas. Dado que la globalización es un fenómeno de expresiones múltiples, interconectadas, yuxtapuestas y en tensión, también se hará referencia a las algunas repercusiones políticas y sociales. Asimismo, se insistirá en mostrar las ambivalencias y paradojas que entrañan los procesos de globalización económica y su reflejo en el ámbito jurídico. El uso del plural es deliberado. El objetivo de esta sección es proporcionar el contexto en el que se sitúa el documento. Hacia el final, se procurará hacer visibles ciertos aspectos de los procesos de transnacionalización del derecho (constitucional) en relación con el capitalismo global. En concreto, las transferencias transnacionales de información constitucional en los procesos constituyentes como parte integrante del comparativismo jurídico.

2.1. *Globalizaciones, transnacionalizaciones y teoría jurídica*

El significado de las globalizaciones contemporáneas es disputado. Las diferentes definiciones estarán condicionadas por el enfoque de la observación de los fenómenos. A mediados del siglo XIX, tempranamente ya Marx & Engels describían el germen de lo que se puede denominar la globalización capitalista. Indicaban que la burguesía se ve necesitada de una constante expansión de los mercados «por toda la superficie del globo»; «[d]ebe anidar en todas partes, crecer en todas partes, establecer conexiones en todas partes». ⁴ Hoy las globalizaciones son más amplias que eso, aunque sus núcleos siguen siendo lo que Marx & Engels anticiparon. Descriptivamente, en un sentido amplio, implica aceleraciones de las interacciones, interconectividades, interdependencias e intercambios humanos al tiempo que se reducen las mediaciones al comprimirse las distancias. El tiempo y el espacio ya no son óbices considerables para la circulación de mercancías, personas, ideas, creencias y comunicaciones. Las innovaciones tecnológicas han facilitado expansiones económicas y sociales que no se

⁴ MARX, K. & ENGELS, F. (1848) [1977]. *Manifest der Kommunistischen Partei*, en Marx, K. & Engels, F. WERKE, T. 4, Berlin, Karl Dietz, p. 465.

agotan en territorios limitados. La lejanía, divisiones fronterizas y diferencias horarias han dejado de ser obstáculos importantes para el desenvolvimiento de cursos de acción de orientación global. El consumo y la producción adquieren un carácter universal bajo el lenguaje jurídico junto a la naturalización de las leyes del mercado. Esta descripción de globalización puede ser caracterizada como una tendencia hacia la unificación del espacio, homogeneización normativa, universalización cultural y estandarización de las mercancías.

Paradójicamente, también es posible describir el inverso. Las globalizaciones conllevan, igualmente, pluralización, fragmentación e hibridación de los espacios, las normatividades, las culturas y los mercados. Esta especie de permeabilización de las distintas esferas sociales posee varias manifestaciones. El flujo transfronterizo, mediante tecnologías de información y transporte, ha acercado, desterritorializado y desnacionalizado las idiosincrasias, la producción y la singularidad cultural de lo local. La diversidad particular se hace global. Se suele denominar a esas dinámicas sociales entre tendencias contrapuestas y entrelazadas de homogeneización y heterogeneización: glocalización⁵. De ahí que un autor como Anthony Giddens haya identificado esta faceta de la globalización como la consecuencia de una «intensificación de las relaciones sociales a escala mundial que vincula localidades distantes de una manera tal que los acontecimientos municipales se ven moldeados por cuestiones que ocurren a muchos kilómetros de distancia y viceversa.» Añadía que se trata de un proceso dialéctico puesto que los acontecimientos locales «pueden moverse en dirección inversa a las propias relaciones distanciadas que los configuran»⁶. Así, aquello que se presenta como universal desde los centros de hegemónicos de producción cultural y económica, una vez que viaja a otras latitudes sufre un proceso de apropiación o absorción y adaptación por parte del receptor. «[T]an rápido como las fuerzas de las distintas metrópolis se introducen en las nuevas sociedades, tienden a ser indigenizadas [*indigenized*] de una u otra manera: esto es válido tanto para la música y los estilos de vivienda como para la ciencia y el terrorismo, los espectáculos y las constituciones»⁷. Estas referencias muestran, entonces, una particularidad de los procesos de globalización que se expresa mediante la mixtura contrapuesta tendiente a la universalización de las diferencias locales a la vez que lo particular determina cuestiones universales. Homogeneización de lo heterogéneo, y heterogeneización de lo homogéneo. Esta dialéctica es continua e inescapable, además de informar todos los ambientes en los que las globalizaciones inciden.

Las distintas globalizaciones, asimismo, han impactado la relevancia de la dualidad Estado-nacional/orden-*internacional*. El así llamado dúo westfaliano ha experi-

⁵ El término original es «Glocalization» o «Glocalism». Su autoría se atribuye comúnmente a ROLAND ROBERTSON. ROBERTSON, R. (1995). «Glocalization: Time-space and Homogeneity-heterogeneity», en Featherstone, M., Lash, S. *et al.* (eds.) *Global Modernities*, London, Sage.

⁶ GIDDENS, A. (1990). *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity, pp. 64-65.

⁷ APPADURAI, A. (1996). *Modernity at Large. Cultural Dimensions of Globalization*, Minneapolis, University of Minnesota Press, p. 32.

mentado un debilitamiento progresivo en su significación normativa⁸. Pero ello es discutible pues subyace más bien una ambivalencia, una relación paradójica entre ambos. Fenómenos globales tienden a diluir la fuerza de la soberanía estatal al tiempo que reafirman su relevancia. Por una parte, el rol político y económico de los Estados en la ordenación jurídica del capitalismo global sigue siendo gravitante. E.g., a nivel doméstico, entre otras actividades, coordinan inversiones, garantizan que flujos de capital se destinen a fines productivos e incentivan la modernización tecnológica. A nivel macro, hacen posible la apertura de las economías nacionales hacia una integración que trasciende fronteras estatales. Asimismo, el Estado permanece como un parámetro de producción geopolítica significativo pues determina cuestiones legales y constitucionales importantes como la cualidad de sujeto de derecho. Igualmente, las relaciones entre Estados todavía resultan indispensables para gestionar y ordenar, sea mediante leyes o tratados, la determinación legal no solo de las distintas relaciones productivas a nivel nacional e internacional, sino también de las realizaciones materiales en las que los mercados mundiales operan.

En dicho escenario, uno puede observar que derecho (estatal) y economía parecen operar como una co-implicación originaria. Unan integración de carácter omnicompreensiva e interdependiente. Coexisten interconectados para proporcionar una red estructural relacional de múltiples niveles que determina regulaciones legales e instituciones transnacionales. Algunos autores han llamado a esta infraestructura jurídica que da soporte al orden y funcionamiento de la economía política mundial contemporánea un «nuevo constitucionalismo». En este caso, la apelación a lo «constitucional» es más bien metafórica y no necesariamente técnica. Dice relación con el efecto «parapeto» que proveerían las estructuras constitucionales para afianzar el desenvolvimiento de programas neoliberales transnacionales amparados en una especie de suprainstitucionalidad normativa. A. Claire Cutler & Stephen Gill definen este régimen como un «proyecto político-jurídico asociado al “neoliberalismo disciplinario” y a la “civilización del mercado” que busca asegurar [*to lock in*] el poder del capital a través de una serie de mecanismos y disciplinas de precompromiso tales como los acuerdos comerciales multilaterales y los programas de ajuste estructural. Estos mecanismos —y otros— sirven para constituir los límites de la posibilidad política e inspirar la confianza de los inversores mediante el aumento del protagonismo y alcance de los valores y las disciplinas del mercado.»⁹

⁸ Esta caracterización del sistema westfaliano la ha difundido William Twining en diversos textos a lo largo de su obra. En especial, *vid.* TWINING, W. (2003). «Review: A Postwestphalian Conception of Law», *Law & Society Review*, vol. 37, N° 1, pp. 199-198. A su vez, este autor tomó inspiración en la crítica que Allen Buchanan formuló a «Law of Peoples» de John Rawls. Buchanan argumentó que Rawls no había considerado en su análisis el hecho de que existe una estructura global básica que trasciende lo internacional. BUCHANAN, A. (2000). «Rawls's Law of Peoples: Rules for a Vanished Westphalian World», *Ethics*, vol. 110, N° 4, p. 701.

⁹ GILL, S. & CUTLER, A. C. (eds.) (2014). *New Constitutionalism and World Order*, New York, Cambridge University Press, pp. 320; *v. et. esp.* los artículos individuales de S. GILL, pp. 29-44; y de A. CLAIRE CUTLER, pp. 45-62.

Las westfalianas dinámicas entre lo *internacional* y lo nacional comienzan a irritarse ante la emergencia de lo *transnacional*. Los actores privados entran con fuerza en la arena. Un autor como Karl-Heinz Ladeur ha indicado respecto de esta constelación tensionada, que si bien ya existía una economía de pretensión global incluso desde inicios del siglo XX, solo en tiempos recientes las formas transnacionales de los intercambios económicos adquieren una connotación significativa. Define lo transnacional como aquellos procesos globales que se desarrollan más allá del impacto de los conocidos tratados internacionales como formas jurídicas de mediación entre las relaciones internas y externas de gobiernos anclados en el Estado-nación. Era este último el que controlaba de modo intenso las interacciones exteriores con agentes privados en otros Estados. A la inversa, hoy por hoy en el siglo XXI, son organizaciones e instituciones financieras privadas no-estatales (e.g., Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial de Comercio, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, entre otras) las que intervienen con fuerza en los procesos económicos al punto que incluso pueden imponer mediante distintos mecanismos, que no son directamente coercitivos, una estructura jurídica, política y de gobernanza a los procesos de los mercados mundiales.¹⁰

Un fenómeno que merece atención en este contexto son las interrelaciones entre la multiplicidad de órdenes normativos que se han desarrollado más allá de la legalidad del Estado-nación. En las circunstancias de las globalizaciones, las fuentes normativas, tradicionalmente ancladas en las fronteras nacionales, tienden a hacerse difusas en sus orígenes y alcances. Así, por ejemplo, en lo que concierne a los órdenes jurídicos, un autor como Robert Cover¹¹ sugirió la caracterización del fenómeno, más bien, como un policentrismo jurídico con énfasis en una heterogeneidad descentralizada de comunidades (culturales) creadoras de significados jurídicos. Se cuestionó así la monodeterminación (estatal) de legalidades bajo un esquema de fuentes jerárquico y estático. En efecto, de acuerdo con la narrativa global, la constelación de pluralidades de los órdenes normativos estatales y no-estatales se multiplican, mientras que se acrecientan los conflictos entre ordenes transnacionales de naturaleza legal y no-legal hoy por hoy fragmentados y en competencia.¹² En definitiva, la clave de lo que está en juego es la disputada tensión entre particularidad y universalidad en los órdenes normativos.

Algunos autores han sostenido que los procesos de globalización y sus tendencias hacia el policentrismo y la fragmentación han desafiado las asunciones básicas de la

¹⁰ LADEUR, K-H. (2004). «Globalization and Public Governance—A Contradiction? en *Id.* (ed.) *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, Ashgate, pp. 1-3. [Cita adaptada por el autor].

¹¹ COVER, R. (1995). «Nomos and Narrative», en MINOW, M., SARAT, A. et al. (eds.) *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Harbor, University of Michigan Press, p. 103.

¹² FISCHER-LESCANO, A. & TEUBNER, G. (2004). «Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, issue 4, pp. 999-1046.

ciencia jurídica.¹³ En concreto, han puesto en problemas la extendida comprensión del derecho moderno *solo* como un conjunto de reglas positivas producto de un Estado soberano de orientación westfaliana circunscrito a la jurisdicción nacional en interacción con lo *inter*-nacional. Sin embargo, esto es ambivalente porque el derecho es tanto agente como objeto de cambio. Así, por un lado, las metodologías del derecho y su normatividad hacen posible lo global desde el Estado: coordinando, ordenando, racionalizando y haciendo posible intercambios e interconexiones transnacionales mediante validación última de las reglas en los ordenamientos jurídicos anclados en la soberanía del Estado nacional. Por otro lado, la normatividad y las metodologías mismas del derecho del Estado se ven tensionadas cuando ciertos órdenes normativos no-estatales (y que son posibles gracias a lo anterior) operan en la práctica *como si* tuviesen una fuerza (legal) homologable a la que es dada por el Estado. En especial aquellos casos en que *de facto* y *de jure* organizaciones privadas no-estatales se autorregulan, reglan a otros y resuelven conflictos en paralelo a la autoridad del derecho estatal. Hay diversas formas y niveles en que se ha materializado lo aquí descrito. La formulación básica de la cuestión es que habría órdenes normativos de naturaleza legal cuya emergencia excede el Estado. Se ha planteado entonces que habría derecho (o legalidades) más allá del Estado¹⁴ o sin el Estado.¹⁵ Hay una plétora de expresiones que son irreducibles a una descripción unidimensional, además de superponerse unas a otras por lo que el trazado de categorías y distinciones es meramente referencial. Sin pretensión de exhaustividad, se mencionarán algunos ejemplos basados en distintos enfoques disciplinares.

Primero, la consolidación (a lo menos en el mundo occidental) de los principios y normas universales sobre derechos humanos y el establecimiento de cortes internacionales dotadas de jurisdicción universal (e.g., corte penal internacional). Esto opera como un orden internacional que intenta instalar ciertas presiones a aquellos Estados (usualmente no-poderosos) que no se ajusten a estándares normativos básicos. Segundo, el mayor protagonismo del pluralismo normativo y jurídico. El normativo se manifiesta en versiones antropológicas y sociológicas con énfasis en órdenes normativos no-estatales basados en expresiones culturales y comunitarias¹⁶ (e.g., de naturaleza tribal o consuetudinaria). También existe una versión transnacional compuesta por las interacciones de la multiplicidad de órdenes normativos establecidos por la

¹³ Sobre el impacto de los procesos de globalización en la teoría del derecho dominante, *vid.* una crítica temprana en GÜNTHER, K. (2001). «Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem» en *Id.* & WINGERT, L. (Hrsg.) *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 539-567.

¹⁴ HOFMANN, R. & KADELBACH, S. (eds.) (2016). *Law Beyond the State. Pasts and Futures*, Frankfurt am Main, Campus, esp. pp. 7-25, 71-92.

¹⁵ GÜNTHER, K. & KADELBACH, S. (2011). *Recht ohne Staat?* en *Id.* (Hrsg.) *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt am Main, Campus, pp. 9, 24 ss; TEUBNER, G. (1997). *Global Law without a State*, Aldershot, Ashgate, esp. pp. 3-23.

¹⁶ GRIFFITS, J. (1986). «What is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, issue 24, pp. 1-55.

actividad de corporaciones y organizaciones privadas no-estatales (e.g., articulación de una *lex mercatoria* autónoma)¹⁷. Mientras que el pluralismo jurídico propiamente tal se expresaría en fenómenos como la cohabitación de diferentes órdenes jurídicos bajo una estructura supranacional (e.g., la interacción jurídica dentro de la Unión Europea)¹⁸. Tercero, la emergencia de ciertos programas normativos de orientación académica de lo que podría ser considerado como una pretensión de establecer un sistema de derecho global. E.g., el derecho administrativo global o derecho público internacional¹⁹; el «*Global Rule of Law*»²⁰ o la red institucional global de principios normativos de gobernanza; el constitucionalismo global,²¹ que busca extender principios políticos y morales cristalizados en constituciones (típicamente nacionales) hacia un cuerpo de derecho constitucional de escala mundial. Estos proyectos de algún modo reflejan la creencia liberal en la perfectibilidad del mundo mediante el desarrollo de reglas, instituciones y procedimientos más allá de la ordenación nacional pero no necesariamente sobre la base de un Estado mundial.

Por último, las nuevas direcciones que ha alcanzado los estudios sobre comparaciones jurídicas en un contexto transnacional. Esto ha tenido expresión de modo principal, aunque no exclusivo, mediante tres situaciones: (i) la intensificación de los diálogos e intercambios judiciales transfronterizos mediante la circulación de decisiones judiciales extranjeras²² y el mayor protagonismo alcanzado por cortes supranacionales; (ii) la regionalización²³ y pluralización jurídica, junto con la fragmentación de la producción de legalidades, lo cual ha hecho indispensable una mayor delimitación de las tradiciones²⁴ y familias jurídicas en relación a los órdenes jurídicos no-estatales; (iii) la expansión de las transferencias, importaciones/exportaciones o trasplantes²⁵, de un lugar a otro, de reglas, instituciones o principios en los procesos de

¹⁷ TEUBNER, G. (2002). «Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of *Lex Mercatoria*», *European Journal of Social Theory*, vol. 5, issue 2, pp. 199-217.

¹⁸ BARBER, N. W. (2002). «Legal Pluralism and the European Union», *European Law Journal*, vol. 12, N° 3, pp. 306-329.

¹⁹ KINGSBURY, B., KRISCH, N. *et al.* (2005). «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, N° 3-4, pp. 15-61.

²⁰ RIJPKEMA, P. (2013). «The Concept of a Global Rule of Law», *Transnational Legal Theory*, vol. 4, issue, 2, pp. 167-196.

²¹ Para una introducción actualizada en la que varios autores tratan el tópico desde distintos enfoques, considerándolo una disciplina propiamente tal, *vid.* LANG, A. & WIENER, A. (eds.) (2017). *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham, Edward Elgar, esp. pp. 1-17, 77-105, 275-290.

²² Para un recuento temprano *vid.* SLAUGHTER, A-M. (1994). «A Typology of Transjudicial Communication», *University of Richmond Law Review*, vol. 29, issue 1, pp. 99-137.

²³ Sobre comparación y regionalización jurídica como forma de interacción estatal, *vid.* SIEMS, M. (2018). *Comparative Law*, second edition, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 280-289.

²⁴ GLENN, H. (2014). *Legal Traditions of the World*, fifth edition, Oxford, Oxford University Press, pp. 41-57.

²⁵ La literatura sobre el trasplante jurídico y sus diversos desarrollos es inagotable. En el ámbito del derecho privado tiene implicaciones históricas que van, por ejemplo, desde el trasplante de la codificación napoleónica hacia Chile en el siglo XIX, que luego viajó a otros países latinoamericanos,

creación legislativa y constitucional. En lo que sigue, este último aspecto recibirá especial atención y desarrollo.

2.2. Derechos foráneos, comparaciones y algunos problemas

2.2.1. Lo extranjero y las comparaciones

La comparación jurídica moderna desde sus inicios estuvo relacionada con procesos de globalización. Posee una larga historia que hunde raíces en Gottfried Leibniz. Este pensador fue pionero en remarcar la necesidad de la codificación moderna, clasificó distintos órdenes jurídicos de la antigüedad y comparó el derecho romano con los preceptos y reglas del *ius naturae*²⁶. Sin embargo, una parte importante de los autores considera *De l'esprit des lois* de Montesquieu como una obra fundante de la disciplina-método.²⁷ Desde ese entonces y en los siglos siguientes, el estudio de derechos no-nacionales, junto a la clasificación y categorización de sistemas, tradiciones, culturas y familias jurídicas del mundo en aras de tener un panorama general y heurístico, no fue algo masivo sino recluso a algunos círculos académicos. La actividad estuvo vinculada inicialmente a la investigación en derecho (internacional) privado²⁸ que con variados matices y énfasis disciplinarios tuvo una pretensión apolítica que se tradujo en la taxonomía y agrupación «macro» de las distintas «familias»²⁹ jurídicas. En ese ejercicio, anatomista y generalizador, fue clave la influencia del creciente desarrollo de las ciencias positivas durante la segunda mitad del siglo XIX.³⁰

hasta la reciente tendencia a la armonización de las obligaciones y los contratos en el derecho europeo del siglo XXI. Un estudio panorámico respecto a los estudios constitucionales que expone diferentes terminologías y debates se encuentra en: PERJU, V. (2012). «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», en ROSENFELD, M. & SAJÓ, A. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1304-1326.

²⁶ LEIBNIZ, G. (1667) [1768]. «Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae», en DUTENS, L. (ed.) *Leibnitii Opera Omnia*, vol. IV, Genève, Fratres de Tournes, p. 191 ; v. et. HAMZA, G. (2007). «Comparative Law and Antiquity in the trends of Legal Humanism and Natural Law», *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae*, vol. 47, N° 3, pp. 279-290.

²⁷ MONTESQUIEU, C. (1748) [1834]. «De l'esprit des lois», en *Oeuvres Completes*, nouvelle édition, Paris, Libraire L. de Bure, cap. III, libro I y cap. XI; v. et. LAUNAY, R. (2001). «Montesquieu: The Spectre of Despotism and the Origins of Comparative Law», en RILES, A. (ed.) *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart, pp. 22 ss.

²⁸ HUSA, J. (2015). *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, Hart, pp. 12-15; v. et. MUIR WATT, H. (2019). «Globalisation and Comparative Law», en REIMANN, R. & ZIMMERMANN, R. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, second edition, Oxford, Oxford University Press, p. 609.

²⁹ HUSA, J. (2016). «Future of Legal Families», en *Oxford Handbooks Online: Scholarly Research Reviews*, Oxford, Oxford University Press, pp. 3-4. <https://bit.ly/3EQbnTu>; v. et. SIEMS, M. (2018). Op. Cit., pp. 7-10; críticamente sobre los problemas de la macrotaxonomía y mapeo de familias jurídicas debido a su tendencia a simplificar y reducir las complejidades de las realidades en las que lo jurídico se desenvuelve; vid. esp. cap. 4, pp. 93-94.

³⁰ VAN HOECKE, M. (2017). «Is There Now a Comparative Legal Scholarship?», *Journal of Comparative Law*, vol. 12, issue 1, p. 279.

De igual manera, la búsqueda de soluciones prácticas a problemas legales en el ámbito doméstico fue otra de las manifestaciones de la necesidad de recurrir al derecho extranjero. Especialmente en el ámbito forense, no-académico. Esto ha sido considerado por algunos como el nivel «micro» de la comparación.³¹ Abogados y jueces en ejercicio de la profesión fijaron su atención en particulares legislaciones, decisiones e instituciones no-nacionales para orientarse acerca de cómo dificultades similares habían sido resueltas. Era recurrente esclarecer dudas acerca de estándares para decisiones complejas en la adjudicación y la determinación del derecho, además de encontrar pistas jurídicas para la solución de disputas contractuales concretas. Por aquel entonces, tanto a nivel micro y macro, no existía desarrollo científico ni reflexión filosófica sobre la incipiente disciplina, tampoco suficientes cuestionamientos sobre sus métodos. La comparación era mayoritariamente intuitiva y en búsqueda de la similitud funcional.³² Esto fue así porque los estudios jurídicos comparados dominantes inicialmente asumieron «un proyecto universalista basado en el hecho de que la humanidad poseía una cultura común, o lo menos aspiraciones idénticas, más allá de las fronteras políticas.»³³ Lo anterior fue la tónica también durante gran parte del siglo XX.

Durante el trascurso del siglo XXI, el estudio y utilización de los derechos foráneos se acelera y expande, sin embargo, bajo un nuevo registro. Desde el buscar diferencias y semejanzas se transita hacia la actividad de «ensamblar».³⁴ Factores como la desterritorialización sumada al mayor interés en la alteridad dada por los estudios sobre pluralismo jurídico, permitieron que la práctica alcanzará cierto desarrollo; empero no sin inconvenientes. La aceleración de las interconexiones trasfronterizas que apareja la globalización facilitó la masividad de flujos e intercambios de toda naturaleza. En un ámbito micro, agentes y operadores jurídicos fortalecieron su poder al contar con información sobre los derechos de otras latitudes en contextos de inmediatez para tratar de dar soluciones a los problemas jurídicos locales y también para hacer frente a los crecientes conflictos entre las leyes de los distintos Estados. La mejora tecnológica hizo posible observar y acceder al derecho extranjero fácilmente pues ahora yace disponible en bases de datos digitales.³⁵ El funcionalismo de la comparación y la transferencia de lo extranjero consolida su globalización durante el siglo XXI. De la misma manera, en su aspecto macro, la tendencia hacia la asimilación y uniformidad de leyes, códigos y constituciones se hizo elemental para lograr consenso

³¹ VAN HOECKE, M. (2015). «Methodology of Comparative Legal Research», *Law & Method*, issue 12, pp. 11, 21, 29; *v. et.* Husa (2015). Op. Cit., pp. 100-104; escéptico y cauto de la distinción se muestra SAMUEL, G. (2014). *An Introduction to the Comparative Law Theory and Method*, Oxford, Hart, pp. 50-53.

³² VAN HOECKE, M. (2017). Op. Cit., p. 273.

³³ MUIR WATT, H. (2019). Op. Cit., p.601.

³⁴ LEGRAND, P. (1999). «A Redemptive Programme», en *Id. Fragments on Law-as-Culture*, Deventer, W. E. J. Willink, pp 3, 6-9.

³⁵ Algunas de las ventajas y problemáticas de la digitalización y extensión de la accesibilidad al conocimiento del derecho foráneo son discutidas en GERBER, D. (2001). «Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law», *Tulane Law Review*, vol. 75, issue 4, pp. 949-975.

global respecto al aseguramiento de la predictibilidad que demandan los mercados en constante propagación. El estudio y recurso al material jurídico de distintos sistemas, culturas y tradiciones se hizo familiar ya no solo para los juristas, jueces y abogados, sino también para tomadores de decisiones de políticas relevantes.

2.2.2. Los problemas

No obstante su paulatina relevancia, los estudios jurídicos comparados han mantenido un bajo perfil dentro de la ciencia jurídica y no han sido blanco de un escrutinio masivo. El recurso al derecho extranjero sea como algo pedagógico, modelo a seguir, objeto de entendimiento, transferencia o armonización, o bien, para comparar diferencias y similitudes a nivel micro y macro, es controvertido. Las preguntas que emergen sobre teoría y método son varias y la discusión en la literatura disciplinar en legua inglesa es abundante. Se enunciarán brevemente algunos de los cuestionamientos formulados. Primero, respecto a su identidad o estatus ontológico: ¿Disciplina, subdisciplina o método? De hecho, el debate sobre la naturaleza del derecho comparado aún está abierto ya que los comparatistas no han establecido un consenso sobre si posee un carácter procedimental o sustantivo.³⁶ Segundo, espacio geopolítico que se compara: ¿Por qué tomar importar las decisiones o legislaciones de las instituciones del país X y no las del país Z? ¿Por qué emular modelos y regímenes de la tradición del *common law* y no así de la tradición jurídica confuciana? Tercero, *telos* de la comparación: ¿Con qué fines estudiar sistemas, tradiciones o familias jurídicas ajenas? ¿Motivaciones políticas o curiosidad intelectual por conocer lo jurídico más allá de las fronteras nacionales y culturales? Cuarto, estatus epistémico y metodología: ¿Cómo comparar legislaciones, decisiones o instituciones de culturas jurídicas radicalmente disimiles? ¿Cómo abordar la alteridad? ¿Cómo definir el parámetro acerca de qué es lo similar y lo diferente al momento de aproximarse a ordenaciones jurídicas extranjeras? ¿Necesita la comparación el auxilio metodológico de disciplinas no-jurídicas como la antropología, la economía, la lingüística o la sociología?

Autores como Günter Frankenberg³⁷, Pierre Legrand³⁸ o William

³⁶ Para una exposición compactada de la discusión contemporánea sobre distintas posturas, sus ventajas y desventajas, *vid.* REIMANN, M. (2002). «The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century», *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, N° 4, pp. 672 y ss. esp. 684-688.

³⁷ FRANKENBERG, G. (1985). «Critical Comparisons. Re-thinking Comparative Law», *Harvard International Law Journal*, vol. 26, N° 2, pp. 411-456; *Id.* (2013a). *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, Edward Elgar, esp. part. I y II. (Desde los estudios culturales y postcoloniales, con base en la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, objeta las dificultades metodológicas, el déficit de reflexión teórica, el reduccionismo del derecho solo a su aspecto positivo, además del sesgo Anglo-Eurocentrista de los estudios jurídicos comparados *mainstream*).

³⁸ Solo como referencia reciente, *vid.* LEGRAND, P. (2021). «Negative Comparative Law and Its Theses», *Journal of Comparative Law*, vol. 16, issue 2, pp. 641-691; *Id.* (2021). «The Guile and The Guise: Apropos of Comparative Law as We Know It», *Asian Journal of Comparative Law*, vol. 16, issue

Twining³⁹ formularon observaciones devastadoras a las intuiciones básicas de la comparación jurídica.⁴⁰ La crítica de estos autores podría describirse como de naturaleza epistemológica, metodológica y normativa. Primero, sugieren que los estudios jurídicos comparados serían superficiales y simplificadores. Incapaces de adentrarse en un conocimiento profundo de las estructuras y trasfondos de la realidad sociocultural de otros países y tradiciones jurídicas más allá del paradigma positivista de comprender el derecho *solo* como reglas. Segundo, tendrían una pretensión universalista. Habría una tendencia hacia una armonización homogeneizadora que no reconoce lenguajes, contextos y especificidades con exclusiva significación local. Tercero, habría sesgos y problemas de inconmensurabilidad. La perspectiva desde el canon cultural occidental o «eurocentrismo» tiende a invisibilizar la diferencia y la irreductibilidad de la otredad. Por último, se aduce que habría prejuicios y estereotipos. Asumirían que el derecho de origen europeo (*common law* o derecho continental), sería superior intelectual y normativamente a los derechos de otras culturas. Las presuposiciones enunciadas tienen implicancias. Por una parte, habría una especie de reproducción del resabio de las empresas imperialistas europeas de la modernidad temprana que es difícil de justificar; por otra, un preocupante acriticismo y conformismo incompatible con la pretensión de la ciencia de aproximarse a la verdad. Pareciera no haber, de parte de ciertos comparatistas, un esmero intelectual por cuestionar sus presuposiciones y percepciones previo a la formulación de afirmaciones o clasificaciones acerca del derecho extranjero, o bien cuando sugieren su importación/exportación.

Dos problemas adicionales surgen a partir del recurso a la transferencia de derechos extranjeros en contextos globales. Deben ser distinguidos. Lo primero es la cuestión misma de los trasplantes de instituciones, reglas o principios. Debido a la inconmensurabilidad de las diferencias, especificidades particulares y lenguas, habría una complejidad significativa en su realización que necesariamente deviene en deformación del material foráneo. Esto se produce tanto del derecho que se ha exportado como a nivel del engendro que se implanta. Empero aquella ha sido la tónica de la construcción jurídica desde antaño (e.g., piénsese en las transferencias de la codificación napoleónica y la constitución escrita moderna). Los proyectos imperiales han

1, pp.155–181 (Inspirado en la filosofía de Derrida, Heidegger y la teoría literaria, propone una aproximación «negativa» al derecho comparado. Reprueba la comparación jurídica tradicional por considerarla básicamente una práctica de compleja materialización, ya que no puede hacerse cargo de modo satisfactorio de la absoluta singularidad de la otredad).

³⁹ TWINING, W. (1999). «Globalisation and Comparative Law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, issue 3, pp. 217-243; *Id.* (2000). «Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition», en EDGE, I. (ed.) *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley, Transnational Publishers, pp. 21-76. (Desde la teoría del derecho analítica angloamericana, observa que los procesos de globalización han puesto en cuestión la asentada asunción de la *General Jurisprudence* basada en un paradigma conceptualista, universalista y Estado-centrista).

⁴⁰ Sobre la comparación jurídica «tradicional» o dominante, un recuento actualizado y completo con múltiples fuentes, puede consultarse en SIEMS, M. (2018). *Op. Cit.*, parte I, pp. 13-109.

frecuentemente utilizado la forma jurídica sea para domesticar, subyugar o controlar pueblos bajo formas que han sido funcionales a sus intereses y reproductoras de sus prácticas. No obstante, los dominados de uno u otro modo han expresado resistencias apelando a la misma forma jurídica. En varios casos las adaptaciones o reappropriaciones jurídicas locales se han vuelto subversivas contra los planes de estandarización promovidos por las potencias. De otra suerte, más cercano a estos tiempos, las paradojas se expresan en lo siguiente: la forma jurídica contribuye tanto a la extensión y profundización del capitalismo global como a posibilitar la protección de los desaventajados que éste crea. Es ello quizá una aporía inexorable de las potencialidades del derecho como espacio de contestación política: ser lo suficientemente flexible para una y otra posición. Afianzador de la hegemonía, pero también facilitador contrahegemónico.

El segundo problema es también es de larga data, aunque ha adquirido nuevas dimensiones en la era global. El comparativismo jurídico en algunas de sus aplicaciones parece conllevar una pretensión de convergencia, uniformización y homogeneización jurídica en función de un orden global servil al desenvolvimiento de la economía capitalista. El primer problema parece ser incompatible con el segundo. Si hay una necesaria irreductibilidad de lo particular, el programa de uniformidad global de la forma jurídica parece imposible. Esto significa que el derecho moderno en general y el comparado en particular yacen en una continua contradicción. La tensión también irrita la posibilidad misma de la comparación en la forma como tradicionalmente se practica. Las globalizaciones expanden la necesidad de prestar atención a los órdenes jurídicos del Estado-nación al mismo tiempo erosionan el sistema westfaliano. Las bases de nuestras propias preconcepciones epistémicas, racionalizaciones y naturalizaciones sobre la idea del derecho moderno occidental son cuestionadas al emerger como otredad aquellas categorías a las que nos enfrentan las emergencias fragmentadas de lo no-jurídico y lo no-estatal. Horatia Muir-Watt⁴¹ ha remarcado lo paradójico de dicha situación. De algún modo volvería la comparación redundante pues si hay una pura unidad, la comparación de la diversidad de lo foráneo se desvanece.

2.3. *Comparaciones, transferencias, constitución(es)*

A pesar de estos dilemas, los estudios y las transferencias de derechos extranjeros sobre la base de una metodología controvertida continúan practicándose. Se ampliaron desde el derecho (internacional) privado hacia el derecho público y constitucional. En cuanto a este último, energizado a partir del periodo posguerras y cuya relevancia normativa se acrecentó en el mundo occidental a partir del fin de la Guerra Fría, el constitucionalismo liberal ha difundido su mensaje moralizante por todo el mundo. No solo por el creciente número de procesos constituyentes provocados por el nacimiento de nuevos Estados y diversas oleadas de procesos de cambio constitucional acaecidos en el último tiempo. También porque el caso paradigmático de la constitu-

⁴¹ MUIR WATT, H. (2019). Op. Cit., p.622.

ción contemporánea ha devenido en una estructura institucional autoritativa de gobernanza que se erige como reproductora y guardiana de la ideología liberal y el capitalismo. Esto puede catalogarse como una de las expresiones de la globalización de la democracia liberal.⁴² El discurso de los derechos individuales, la igualdad formal, la justicia constitucional, el balance de poderes mediante formas de gobierno presidencial o parlamentario, junto a los principios de un *Rule of Law* liberal han sido codificados en las constituciones modernas.⁴³ Sin perjuicio de algunas excepciones, aquéllas siguen fielmente el modelo arquetípico de legalidad y la filosofía del constitucionalismo liberal fundado por las revoluciones burguesas y la ilustración europea. Estos elementos, actualizados mediante la forma jurídica, descritos por algunos autores como los «más preciados tesoros del liberalismo»⁴⁴, al tener una naturaleza dual y ambivalente, sin una revisión crítica para su subversión, se convierten en un arma de doble filo.

Piénsese, por ejemplo, en las cuestiones implicadas en la transferencia del ideal normativo del *Rule of Law*. Es una figura tremendamente debatida en la literatura. Existen tantas versiones, defensas y críticas como autores que las proponen, desde posiciones progresistas hasta conservadoras y liberales. De la misma manera, dependiendo de la tradición jurídica e idiomática en la que se ha desarrollado, posee distintas connotaciones, atravesadas por elementos situacionales históricos, intelectuales y políticos: *Estado de Derecho*, *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto*.⁴⁵ Ninguna es reducible a la otra ni homologable o traducible en abstracto sin previamente matizar

⁴² «La historia de la democratización global consiste en la internacionalización de una forma particular neoliberal del Estado democrático liberal [...] [que] despolitiza la democracia global al ignorar la violencia que dio origen al nuevo consenso.» ROSOW, S. (2000). «Globalisation as Democratic Theory», *Millennium*, vol. 29, N° 1, pp. 37-38. [Corchetes agregados]. Cabe prevenir, no obstante, que dicha afirmación asume que la forma mayoritaria en la que se presenta el Estado moderno es aquella que puede ser descrita como el Estado (democrático) liberal de orientación capitalista. Con todo, la discusión sobre los diferentes tipos de Estado que podrían ser responsivos a las políticas capitalistas no será abordada en este trabajo.

⁴³ Mark Tushnet sugiere la existencia de «afinidades electivas» en el empleo de tales elementos estructurales de contenido de una constitución en procura de la realización de un proyecto ideológico de globalización «neoliberal» del derecho constitucional. Esto también implica la dialéctica de lo global y lo doméstico. Señala que la agenda de la globalización tiende a acentuar la promoción de los caracteres (neo)liberales de cierto constitucionalismo en detrimento de lo que él describe como una especie de constitucionalismo de resistencia con énfasis en una orientación social del contenido del derecho constitucional. Al margen de la fe que se tenga en las posibles virtudes del derecho constitucional, uno extraña un mayor cuestionamiento de la forma jurídica misma en tanto ambivalente respecto al rol desempeñado en las relaciones entre globalización capitalista y derecho. De hecho, el autor visibiliza el problema pero no lo profundiza. Agrega que «el efecto de las “afinidades” podría permitir la acción política en cualquier dirección». TUSHNET, M. (2019). «The Globalisation of Constitutional Law as a Weakly Neo-liberal Project», *Global Constitutionalism*, vol. 8, issue 1, pp. 29-39.

⁴⁴ HALLEY, J. & BROWN, W. (eds.) (2002). *Left Legalism/Left Critique*, Durham, Duke University Press, pp. 6-7. Las autoras, no obstante, remarcan las dificultades del carácter formal y abstracto que el liberalismo atribuye a dichas ideas. El foco reside en lo irreal que resulta la idea de la igualdad formal.

⁴⁵ MEIERHENRICH, J. & LOUGHLIN, M. (eds.) (2021). *The Cambridge Companion to The Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, *vid.* esp. parte II, pp. 37-117.

sus significaciones y su historia. Sin embargo, el modelo formal y ortodoxo que se promueve y exporta a escala mundial en general hace hincapié en sus elementos funcionales sobre calculabilidad: orden público, predictibilidad de las reglas, certeza del cumplimiento continuo de leyes y contratos, refuerzo constitucional y legal de los derechos de propiedad, igualdad formal ante la ley, rendición de cuentas, además de fomentar mayores compromisos con el aseguramiento de los derechos liberales. Se salvaguarda la actividad privada ante eventuales injerencias arbitrarias de la autoridad mediante el despliegue de un esquema constitucional de «buena gobernanza» jurídica⁴⁶. La expansión global de este tipo específico de *Rule of Law* —en especial para que países de bajos ingresos lo adopten institucionalmente y se circunscriban a sus ideales— ha sido alentado activamente por organizaciones que promueven el desarrollo económico como el Banco Mundial⁴⁷, la OECD⁴⁸ o el USAID⁴⁹, pues resulta conveniente y funcional para la profundización y extensión de los mercados globales.

Un autor como Tom Ginsburg ha documentado algunos de los fracasos y peligros derivados de la imposición descontextualizada, auspiciada por las grandes potencias, de este concreto modelo de *Rule of Law*. En particular, respecto de los procesos de reforma y reconstrucción de sociedades postconflictos. «La intervención externa en nombre del *Rule of Law* y la democracia ha prometido mucho. Ha cumplido muy poco»⁵⁰. Mientras que, desde otra óptica, Tor Krever⁵¹ y Álvaro Santos han abordado críticamente en distintos trabajos varios de los problemas que se siguen sobre los usos y transferencias del *Rule of Law* (neo)liberal. En especial, cuando se promueve con el propósito de lograr convergencia jurídica mediante la implementación de programas de economía política mundial a través del incentivo y financiamiento de reformas legales y judiciales en países que atraviesan dificultades económicas y políticas. En especial, esto conllevó la materialización de planes basados en los diseños institucionales y legales propuestos por los estudios sobre economía del desarrollo. «Las recomendaciones de reforma de estos grupos [del Banco Mundial] refuerzan la creencia de que lo que se necesita es una convergencia institucional.»⁵²

⁴⁶ CUTLER, A. C. (2018). «The Rule of Law, New Constitutionalism, and Transnational Legality», en MAY, C. & WINCHESTER, A. (eds) *Handbook on the Rule of Law*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 307-320, esp. 314 ss.

⁴⁷ WORLD BANK VICE PRESIDENCY (2004). *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Washington D.C., pp. 2-3

⁴⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2021). *Government at Glance 2021*, Paris, p. 212.

⁴⁹ UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT (2010). *Guide to Rule of Law Country Analysis: The Rule of Law Strategic Framework. A Guide for USAID Democracy and Governance Officers*, Washington D.C., pp. 6-8.

⁵⁰ GINSBURG, T. (2011). «In Defense of Imperialism? The Rule of Law and the State-Building Project», en James Fleming (ed.) *Getting to the Rule of Law*, New York, NYU Press, pp. 224-238.

⁵¹ KREVER, T. (2011). «The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and The World Bank's Development Model», *Harvard International Law Journal*, vol. 52, N° 1, pp. 307 ss.

⁵² SANTOS, A. (2006) «The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development», en TRUBEK, D. & Id. (eds.) *The New Law and Economic Development*, New York, Cam-

Así las cosas, un análisis acucioso del rol que juega la promoción, circulación y uniformización del derecho constitucional foráneo en los procesos de globalización no puede ser relegada sino relevada. El rol local y global de la constitución moderna no es trivial. Compararlas, observarlas, transferirlas, armonizarlas e intentar emular o imponer, en su caso, el paradigma de los modelos constitucionales alemán o estadounidense es de interés para asesores, legisladores y constituyentes. Esto adquiere una significación especial en procesos de elaboración constitucional debido a su naturaleza ética y política. Las preguntas que emergen entonces son: ¿Qué modelos, sistemas, instituciones o regímenes observar, comparar, transferir o importar? Cualesquiera sean, ¿Cuáles son las razones para el interés en adoptarlos o rechazarlos? Se prestará más atención a estas dudas.

2.4. *Transferencia de derechos extranjeros y asesorías para la elaboración constitucional*

Los procesos de creación constitucional no son saltos en el vacío. No implican una *creatio ex nihilo*. Con independencia de la forma concreta de elaboración constitucional, los materiales deliberados, estudiados, propuestos y decididos no son necesariamente creaciones idiosincráticas: *ex nihilo nihil fit*. Así, por ejemplo, Günter Frankenberg ha argumentado que las constituciones son en esencia «textos situados en un campo de ideas e intereses en disputa, atravesados por interpretaciones en competencia»⁵³. En esta línea, la información para la elaboración de una constitución siempre ha sido procesada previamente mediante planeamientos, transferencias, préstamos, trasplantes o improvisaciones.⁵⁴ El punto es que las constituciones modernas históricamente se han construido y revisado a partir del flujo de ideas, ideologías e idearios que se han trasladado de un lugar a otro.⁵⁵ Esto parece una obviedad.⁵⁶ Sin embargo, importa remarcar que las distintas formas de interacción de lo nacional y lo extranjero están siempre implicadas en los procesos de elaboración constitucional local. En efecto, impregnarán su significación a fin de delimitar los parámetros básicos del disenso democrático y de los posibles marcos para las interpretaciones que trasuntarán la fisonomía institucional de un pueblo. De ahí que «[e]l diseño [de una constitución],

bridge University Press, pp. 299, 253-300. [Corchetes agregados]. *Supra* me referiré en concreto al caso de «Law & Development».

⁵³ FRANKENBERG, G. (2012). «Comparative Constitutional Law», en Bussani, M. & MATTEI, U. (eds.) *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 171.

⁵⁴ FRANKENBERG, G. (2018). Op. Cit., p. 27.

⁵⁵ FRANKENBERG, G. (2006). «Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, and Ideology—Toward a Layered Narrative», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, issue 3, pp. 442-441.

⁵⁶ Una denominación más precisa de la difusión y traslado transnacional de la información constitucional en procesos constituyentes es lo que se ha denominado «constitucionalismo transnacional». En este sentido, confirma la «obviedad» con datos empíricos desde el examen de distintos casos comparados, GODERIS, B. & VERSTEEG, M. (2013). «Transnational Constitutionalism. A Conceptual Framework», en GALLIGAN, D. & Id. (eds.) *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 103-126.

en tanto improvisación y bricolaje, planificación estructural constructiva y esquema ideológico, sea uno de los rasgos que definen las constituciones modernas, su estructura y su vocabulario.»⁵⁷ Siendo ello así, las constituciones modernas no pueden sino entenderse como narrativas creadas a partir de ejercicios de transferencias de instituciones, principios y reglas foráneas. Esta ha sido la dinámica en los progresos históricos del derecho⁵⁸ en general y del constitucionalismo liberal en particular.

Piénsese, solo como ejemplo, en los procesos constituyentes de las excolonias de eximperios como el británico o el francés. Se implementaron en lugares tan disímiles como África, Asia y las Américas. Los países que declararon su independencia adoptaron (o se les impusieron en ciertos casos) modelos jurídicos y constitucionales degenerados del original. Esto fue así porque los descolonizadores, siguiendo sus preferencias políticas, preconcepciones y asunciones, realizaron toda clase de exportaciones y ensamblajes jurídicos y constitucionales en los nuevos Estados basados en modelos occidentales del derecho; redactaron las respectivas constituciones desde las *metropoles* para luego desplazarlas hacia las excolonias y aplicarlas en contextos socio-culturales y económicos radicalmente distintos. Estos desarrollos crearon fisonomías propias, apropiaciones e identidades constitucionales tensionadas basadas en la mixtura dada por los flujos de información constitucional y legal a partir de ejercicios de comparación jurídica que viajó de un lugar a otro; en este caso, desde el colonizador a la colonia.⁵⁹ Esta realidad histórica que aconteció en varios otros procesos, sean postconflictos, postcoloniales, postautoritarios o transicionales, por supuesto está lejos del ideal teórico de aquel proceso constituyente excepcional libre y revolucionario donde un pueblo decide autodeterminarse políticamente.

A este respecto, entonces, el rol de los constituyentes que intervendrán en la asignación de forma y contenido a las constituciones que *diseñan* pasará a tener una significación crucial. En tanto sujetos interesados tenderán a trasladar necesariamente sus preferencias, ideologías e intereses subjetivos a los productos que elaboran. En este sentido, el recurso al derecho extranjero no participa agnósticamente en dicho proceso.

⁵⁷ FRANKENBERG, G. (2018). Op. Cit., p. 27. [Corchetes agregados].

⁵⁸ Esta idea se puede situar incluso en un contexto histórico más amplio. El romanista Paul Koschaker sugirió que la construcción misma de lo que hoy se conoce como el derecho europeo moderno se había logrado mediante la «comparación» [*Vergleichung*] histórica de sistemas de derecho privado derivados del modelo romano. «[E]l derecho natural europeo no se deriva especulativamente de la Razón, sino un derecho estrictamente histórico, derivado de la comparación de los sistemas de derecho privado que han contribuido a la construcción jurídica de Europa e incluso de todo el mundo cultural [...]» KOSCHAKER, P. (1966). *Europa und das Römische Recht*, 4 Aufgabe, München, Beck, p. 346. Mientras que en la tradición estadounidense, Roscoe Pound sostuvo lo siguiente: «[L]a historia de un sistema de derecho es en gran medida una historia de préstamos de materiales jurídicos procedentes de otros sistemas jurídicos así como de asimilación de materiales ajenos al derecho.» POUND, R. (1938). *The Formative Era of American Law*, Boston, Little Brown & Company, p. 94.

⁵⁹ Sobre los «legados» constitucionales del imperio británico en algunas de sus excolonias, *vid.* DALE, W. (1993). «The Making and Remaking of Commonwealth Constitutions», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 42, issue 1, pp. 67-83.

De hecho, en términos empíricos, las constituciones modernas tienden a tener correspondencia con un número limitado de modelos y diseños arquetípicos que obedecen a una arquitectura constitucional previamente identificada y establecida por élites constitucionales.⁶⁰ De ahí que, si se presta la debida atención a dichos modelos arquetípicos, sea posible no solo entender de mejor modo la clase de narrativas ideológicas implicadas, sino también «captar parte del contexto político y social de la elaboración [...] y arrojar luz sobre el estilo y la retórica específica conformada por la gramática normativa subyacente»⁶¹. Por consiguiente, el recurso por parte de los constituyentes al derecho constitucional comparado en procesos de elaboración constitucional requiere ser analizado críticamente de forma detallada. Es en este proceso donde se juegan las cuestiones políticas propias de la autodeterminación constitucional.

Un personaje clave en la elaboración constitucional es el redactor, «diseñador»; el así llamado *framer* si se toma la figura del constitucionalismo estadounidense. Debe entenderse en sentido amplio. El epítome de la teoría constitucional nos dice que una constitución será legítima en la medida que es elaborada por «el pueblo» en un proceso democrático sujeto a varias condiciones de deseabilidad. Ojalá deliberativo, representativo, libre, participativo, transparente, igualitario, inclusivo y un largo etcétera. Lo ideal es que el cuerpo de constituyentes redacte colectivamente dentro de un plazo razonablemente acotado el nuevo texto constitucional en una experiencia democrática irrepetible. Eso es el anhelo fundacional y lo que yace en el imaginario colectivo. Empero los detalles son oscuros y la realidad más compleja. ¿Quiénes son los sujetos redactores? Dado que *ex nihilo nihil fit*, interesa fijarse con más atención en los trasfondos intelectuales y políticos de quienes tendrán la misión de transcribir las deliberaciones y decisiones de la asamblea para plasmarlas en un texto único. Desde luego el propio órgano constituyente debiese poder determinar libremente aquellos que escribirán la constitución de acuerdo con lo debatido y decidido durante el proceso. Usualmente, en la práctica de la elaboración constitucional, dicha misión ha recaído en una comisión técnica de constituyentes. Siendo ese el caso posible, uno puede levantar preguntas respecto de ciertas circunstancias que rodean a los integrantes de dicha comisión: ¿A quiénes leen? ¿A quiénes escuchan? ¿Cuál son sus filosofías? ¿Cuáles órdenes jurídicos observan como ejemplares? ¿Quiénes los asesoran? Este último punto, sobre las asesorías, es vital y será revisado con más prolijidad en lo que sigue.

2.4.1. Asesorías transnacionales y transferencias en la elaboración constitucional

Empíricamente, contra toda deseabilidad teórica, los procesos de creación constitucional con frecuencia han sido dominados por elites. Ello no parece una sorpresa. Aquellas han estado compuestas mayoritariamente por quienes detentan ciertos monopolios de poder e información: sean académicos, políticos, intelectuales, o una

⁶⁰ FRANKENBERG, G. (2018). Op. Cit. pp. 29-30.

⁶¹ Id. p. 30.

mezcla de ellos. Los círculos sociales y políticos a los que pertenecen facilitan su acceso a fuentes de documentación y asesoría privilegiadas. Este grupo encuentra respaldo en centros de estudios, ciertas universidades u organizaciones transgubernamentales con suficiente financiamiento externo para mantenerlas y reproducirlas. Buscan influir en distintos procesos, sean legislativos o constituyentes, mediante la entrega de servicios de asesorías *técnicas*. Así, el «consultor» constitucional se autocomprende y presenta como un agente que colabora de modo neutral. Una especie de ingeniero jurídico profesional apolítico que solo entrega consejos o sugerencias desprovistas de implicancias ideológicas. Aquí el recurso al derecho extranjero adquiere una significación especial. El asesor constitucional, con la seguridad de sí mismo que le da su conocimiento especializado, ofrecerá recetas sobre modelos ideales de instituciones, principios y reglas de otros países, culturas o tradiciones jurídicas. Puede que respondan a los intereses y convicciones políticas del asesor (o de la organización para la que sirve), aunque no necesariamente serán compatibles con el clamor democrático o la historia de un pueblo. El riesgo de injerto o adaptación malograda de instituciones, debido a experimentación insuficientemente reflexionada y debatida, es atendible. Las posibilidades de que se produzca interferencias y distorsiones en la autonomía deliberativa y política de otros sujetos constituyentes son plausibles. En especial, respecto de aquellos que, por distintas circunstancias contingentes, no dispongan de contactos sociales o recursos suficientes para acceder a las asesorías de elite.

Bajo los efectos de la globalización, las elites de asesores constitucionales para la elaboración constitucional dejaron de circunscribirse a la frontera nacional; la trascendieron. Organizaciones transnacionales e internacionales⁶² de gobernanza global también ofrecen asesorías constitucionales con un dejo a imperio, supervigilancia, seguimiento y estandarización. Cuentan con expertos internacionales de elite dispuestos a ofrecer sus servicios a quien los requiera (o allí donde tengan algún interés). Con todo, no es una situación aislada pues está ya presente en otros ámbitos. En lo que concierne a las políticas públicas, se ha documentado largamente la «elaboración global de políticas»⁶³ o la «transferencia de políticas transnacionales»⁶⁴. Aplicado al campo de los procesos constituyentes y los estudios constitucionales comparados, Günter Frankenberg ha sugerido la idea del «mercado global» de las mercancías constitucionales⁶⁵ y el «derecho comparado como gobernanza.»⁶⁶ En una línea similar,

⁶² Ejemplar respecto del rol político e influencia que ejercen organizaciones intergubernamentales transnacionales que deciden autoritativamente controversias, más allá del Estado, tales como la *World Trade Organization* (WTO) o el *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), *vid.* ÁLVAREZ, J. (2005). *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, pp. 403 ss.

⁶³ STONE, D. (2020). *Making Global Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-47.

⁶⁴ PAL, L., PORTO DE OLIVEIRA, O. & STONE, D. (2020). «Transnational Policy Transfer: the circulation of ideas, power and development models», *Policy and Society*, vol. 39, issue 1, pp. 1-18.

⁶⁵ FRANKENBERG, G. (2018). *Op. Cit.*, p. 154. Aquí los asesores constitucionales de elite serían lo que el autor llama los «mercaderes de las trasferencias.»

⁶⁶ Sobre el derecho comparado como gobernanza, Frankenberg menciona algunos casos empíricos ejemplares de asesores internacionales para la redacción de la elaboración constitucional. En especial, es

David Kennedy ha descrito las distintas actitudes de los juristas hacia la comparación como la «política del derecho comparado».⁶⁷ Lo que revelan estas observaciones es el carácter eminentemente político de la comparación jurídica y el recurso al derecho extranjero. Esto apareja consecuencias. La comparación difícilmente puede ser indiferente al contexto cultural, la economía política y la historia nacional (aunque en general no se suele admitir). Menos aún puede pretender ser una tecnología jurídica agnóstica e inocente. Por el contrario, la decisión sobre la comparación jurídica y la observación del derecho no-nacional está impregnada de todo menos de neutralidad. No se trata de accidentes o hechos físicos. En especial respecto de una cuestión profundamente política como lo es escribir una constitución. El problema se vuelve todavía más complejo cuando los implicados no son solo asesores constitucionales individuales, sino organismos transnacionales de gobernanza mundial. Esto último requiere ciertas aclaraciones.

El asesoramiento jurídico transnacional para la elaboración constitucional debe ser tomado con prevenciones. La comparación en sí es problemática porque sus metodologías no hacen justicia a la inconmensurabilidad de las diferencias históricas y socioculturales locales. La dimensión transnacional intensifica el problema. Un riesgo de dominio o imperio podría estar implícito cuando las ofertas de consultoría provienen de una constelación de agentes políticamente influyentes y económicamente poderosos en el orden global. En especial, si los receptores de la asistencia son países de bajos ingresos (eso que algunos llaman eufemísticamente el «Global South»). En este contexto, sugerir a este grupo heterogéneo de países que adopten modelos jurídicos extranjeros específicos basados en la comparación puede conllevar el riesgo de replicar proyectos imperiales en función de estructurar la gobernanza global. Dicho de otro modo, sutilmente se pueden introducir formas de colonización jurídica, económica y política. Desde luego esto no dice relación con las viejas formas imperiales basadas en el saqueo y la industria de la guerra sino con el dominio del mercado mundial y la forma jurídica universal que éste requiere para su operatividad. La estandarización, convergencia y transferencia de derechos extranjeros tematizados y

destacable el episodio de un asesor que recomendaba reformas para los países de Europa del este en procesos de transición con posterioridad al declive del bloque soviético. Luego el mismo personaje redactaba los proyectos de ley de reforma que terminaban aplicando sus propias recomendaciones. Estos asesores «[s]on las parteras jurídicas del capitalismo, tras la disolución de las economías de planificación socialista, aparentemente desprovistas de un sistema alternativo viable.» FRANKENBERG, G. (1997). «Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law», *Utah Law Review*, N° 2, pp. 260-261.

⁶⁷ KENNEDY, D. (1997). «New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance», *Utah Law Review*, N° 2, pp. 549, 581-595, 606-612. Este autor adopta una postura cercana a los *Critical Legal Studies*. Sobre la política del derecho comparado, destaca que los comparativistas adoptarían dos posiciones políticas: «culturales» o «tecnocráticas». Las identifica respectivamente con el eje izquierda/derecha, que a la vez refleja la tensión entre lo particular y lo universal. La primera se focaliza en cuidar los detalles de las variantes culturales locales de los órdenes jurídicos. La segunda favorece los trasplantes jurídicos junto con la estandarización y armonización del derecho en un nivel transnacional.

clasificados en tanto comparación podrían operar como el eslabón entre el orden de la economía transnacional y las ordenaciones jurídicas locales funcionales a la totalidad global. Las sugerencias de los asesores transnacionales de elite de ciertas instituciones constitucionales «modelos» y no de otras formas jurídicas y constitucionales contraculturales y rupturistas que resistan la homogenización no son azarosas. En esta clase de decisiones no parece verificarse la supuesta neutralidad que pregonan. Dicha pretensión parece difícil de materializar en política. Potenciar instituciones, regímenes y modelos que estabilicen mercados, hagan posible la fluidez de intercambios transfronterizos y aseguren las expectativas de certeza de los derechos de propiedad (individual) y el debido cumplimiento de obligaciones contractuales son preocupaciones de primera necesidad para la economía política del mercado mundial.

Una manifestación ejemplar de lo antes descrito fue el caso del llamado movimiento académico e intelectual interdisciplinario «Law & Development»⁶⁸. En especial, como programa político donde asesores recurrían a la transferencia y circulación de derechos extranjeros para promover y codificar determinados modelos económicos. Tuvo su auge entre las décadas de 1960 y 1980, principalmente desde los Estados Unidos, aunque no se redujo solo a dicha nación. Varios autores han denunciado como, bajo la perspectiva funcionalista y determinista de esta tendencia en los estudios jurídicos, el derecho se tomaba como instrumental y estático, una mera herramienta, para el trasplante de instituciones legales y constitucionales de países «desarrollados», hacia países latinoamericanos⁶⁹, africanos, algunos asiáticos y también países de Europa Central y del Este. La intervención se materializó también en contextos de asistencia técnica para colaborar en procesos transicionales orientados a la «modernización» institucional y «democratización» política post regímenes autoritarios o postconflictos. La forma legal y constitucional promovida, esencialmente noratlántica, se presentaba como liberadora y respondía a un proyecto imperial destinado a empoderar jurídicamente Estados no suficientemente afianzados para así facilitar el control macroeconómico que éstos pudieren ejercer en función de acelerar la convergencia legal necesaria para el buen funcionamiento de los mercados y las inversiones transnacionales.⁷⁰ Tiempo después, con posterioridad a 1990, se verificó un segundo momento de «Law & Development». Entre otros lugares, los planes de reformas económicas y legales se expandieron hacia Europa Central y del Este luego del declive de los así llamados «socialismos reales». En este caso, los juristas estadou-

⁶⁸ Para un panorama general y actualizado de los estudios sobre «Law & Development», *vid.* TRUBEK, D. (2015). «Law and Development 50 Years On», en WRIGHT, J. D. (ed.) *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, second edition, vol. 13, Amsterdam, Elsevier, pp. 443-447.

⁶⁹ Críticamente, sobre las actividades del primer movimiento de «Law & Development» propiciado por la *Agency for International Development* (AID) de los EE.UU. y la Ford Foundation, mediante programas de asistencia en enseñanza, investigación jurídica y desarrollo de políticas para Latinoamérica durante las décadas de los sesenta y setenta, *vid.* GARDNER, J. A. (1980). *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, University of Wisconsin Press.

⁷⁰ KREVER, T. (2011). *Op. Cit.*, p. 295.

nidenses y también de Europa noroccidental, movidos por el mismo espíritu de sus antecesores, buscaron «promover el valor del derecho occidental ante sus homólogos del Este [que se enfrentaban a procesos de transición], respaldando la campaña para trasplantar sus respectivos sistemas jurídicos nacionales bajo promesas de ayuda financiera y/o la respectiva de adhesión a la Unión Europea»⁷¹.

Si se considera que las constituciones son artefactos construidos a partir de ejercicios de circulación de transferencias de información constitucional (sus reglas, vocabulario, gramática, principios, estructura). Si se tiene presente, además, el contexto de la globalización capitalista y la consolidación progresiva de un orden transnacional. Entonces dos cuestiones merecen una revisión más profunda. Primero, cuáles son las clases específicas de materiales constitucionales que se tienen en consideración por parte de las elites de asesores transnacionales para la elaboración constitucional. Segundo, quiénes son los concretos agentes que gestionan el flujo transnacional de políticas y elementos constitucionales intentando homologarlos, copiarlos o transferirlos de un lugar a otro. Antes bien, en este punto cabe prevenir que la respuesta a estas preguntas es contingente y variará dependiendo de la experiencia empírica concreta que se examine. Por consiguiente, en la siguiente parte, el estudio revisará un caso concreto para examinar la potencialidad de ocurrencia de algunas de las prácticas y fenómenos antes mencionados.

3. PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

Al momento de escribir estas páginas, el proceso constituyente chileno aún está en curso. Es observado por agentes de diversa naturaleza alrededor del mundo. Levanta interés no solo para investigadores y académicos, en tanto caso de estudio, sino también para tomadores de decisiones extranjeros y agentes transnacionales interesados en establecer o continuar negocios en el país. De la misma manera, organizaciones de gobernanza global están atentas a la forma cómo se organizará y materializará el trabajo de la Convención Constitucional chilena (en adelante CCCh). Esta situación parece algo normal en un mundo que se hace cada vez más globalizado, próximo e interdependiente. El apoyo y la cooperación transnacional pueden ser provechosos en términos de recursos y capacidades técnicas. La comparación de experiencias y órdenes jurídicos parece ser un factor funcional enriquecedor. En la era global, optar por nativismos o políticas de reclusión y autosuficiencia nacional resulta una decisión contraproducente y problemática. Empero, no se puede ignorar que detrás de apoyos aparentemente desinteresados podrían subyacer ciertas agendas que responden a programas políticos no necesariamente sintonizados con los intereses democráticos populares. Un minucioso escrutinio público no siempre está presente en estos ejerci-

⁷¹ BERKOWITZ D., PISTOR, K. *et al.* (2003). «The Transplant Effect», *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, N° 1, pp. 163-164 [Corchetes agregados].

cios. Esta sección describirá algunos de dichos proyectos transnacionales. En especial, porque se entenderá que la forma jurídica estará involucrada en ellos como una precondición para la materialización de políticas económicas de alcance global. Se hace urgente, por consiguiente, indagar algunos de sus presupuestos. Esto es importante pues es ingenuo asumir que Chile se encuentra aislado de lo global. Subestimar que es altamente dependiente de lo que acontece fuera de sus fronteras, sería miope.

3.1. *Asesorías transnacionales y comparación constitucional en el proceso constituyente chileno*

3.1.1. El caso de la OECD

El 03 de diciembre de 2020, el gobierno de Chile y la OECD cerraron un convenio de apoyo técnico para el proceso constituyente chileno⁷². A primera vista esto parece una buena noticia para el país. Una organización de cooperación de reputado prestigio internacional ofrece sus capacidades técnicas para dar respaldo al proceso. Toda ayuda siempre es bienvenida. La pregunta es si acaso todo soporte es necesariamente gratuito. Asimismo, en este caso, es cuestionable que no haya sido el órgano constituyente el que determine quiénes serán los potenciales asesores ya que el convenio se celebró antes del inicio de funciones de la CCCh. Con todo, los términos del acuerdo son públicos, por lo que posible acceder a su contenido. Una mirada minuciosa al contenido podría ser iluminadora.

El texto inicia proveyendo el contexto factual y legal, además de mencionar los hitos de rigor. Luego describe las etapas del proceso de acuerdo con el cronograma que se tenía en ese entonces. Enseguida vienen los objetivos. El general refiere básicamente a la clase de asesoría: proporcionar «evaluaciones, informes y/o recomendaciones.» Mientras que los particulares explicitan un poco más de pormenores, aunque desde luego en términos amplios. Cabe destacar el énfasis de las partes para que la asesoría «revise los mecanismos internacionales existentes y las mejores prácticas» de aquellas «materias que se hayan identificado como prioritarias o que surjan durante el periodo de trabajo». Luego los objetivos del convenio ofrecen una bajada y detallan a título ejemplar ciertos tópicos de interés: «infraestructura fiscal, diseño institucional, autonomía de las instituciones fundamentales, forma de gobierno, descentralización, derechos fundamentales y mínimos sociales.» Es remarcable que las partes asumen *ex ante* que esa clase de instituciones es de significación. Algo que parece casi autoevidente si alguien observa los arquetipos globales y ortodoxos de lo que una constitución moderna debiese ser. A este respecto, aun cuando ciertas materias se asuman como truismos, solo el constituyente soberano tiene autoridad para decidir sobre la diversidad de modelos constitucionales y el tipo de asesoría que requerirán.

⁷² Los textos sobre el convenio y los términos de referencia se encuentran disponibles en: <https://bit.ly/3gEdHBU> [Todas las citas son traducciones libres del autor].

En caso alguno está limitado a seguir los esquemas del constitucionalismo liberal. Mas para un agente como la OECD y para el Gobierno de Chile, cuestiones de economía política tales como la ordenación fiscal y estructuras sólidas de derechos individuales de propiedad, aparentemente son de primera preocupación.

El producto de esta asesoría debería materializarse en uno o más documentos. Las partes pactarán los tópicos y los plazos de trabajo. Lo interesante viene a continuación. Para efectos de especificar en qué consistirá el resultado de la asesoría, se indica que la «OECD llevará a cabo un *análisis comparativo* de los elementos clave que están incluidos en otras constituciones que han sido modificadas o redactadas recientemente. El análisis se basará en las prácticas de los países de referencia que se hayan elegido (que se decidirán en consulta con el Estado de Chile) y en los estándares internacionales.» Como puede observarse, las cláusulas del convenio, en definitiva, ponen de manifiesto algunas de las dificultades e interrogantes que suscita el tipo de comparación jurídica que ha sido descrita en la primera parte de este trabajo. En efecto, como se ha señalado anteriormente, detrás de estos «países de referencia», de los «elementos clave» y de las «estándares internacionales» que se utilizarán para la comparación constitucional, no hay neutralidad ni apoliticidad. En este punto emergen varias preguntas: ¿Cuáles son los «países de referencia», teniendo en cuenta todos aquellos que han experimentado procesos recientes de cambio o reforma constitucional? ¿Cuáles son los «elementos clave» de las constituciones extranjeras? ¿Cuál es modelo de constitucionalismo que se pretende seguir? *Ex nihilo nihil fit.*

La OECD no es una organización menor.⁷³ Al contrario, es un actor global con una capacidad de influencia importante. Tampoco es una entidad desinteresada; menos aún militante de políticas contraculturales. De acuerdo con la convención que la constituye, los objetivos de la OECD son claros: a) lograr el más alto crecimiento económico y de empleo sostenible en los países miembro, en armonía con un nivel de vida creciente, manteniendo al mismo tiempo la estabilidad financiera, contribuyendo al desarrollo de la economía mundial; b) contribuir a una sólida expansión económica en los países miembros, así como en los países no miembros que estén en un proceso de desarrollo económico; y c) contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, de acuerdo con las obligaciones internacionales.⁷⁴ Según la descripción de una autora, «[l]a OECD es la quintaesencia de las redes reguladoras transgubernamentales, así como un catalizador para su creación. Su función principal, al menos en las últimas décadas, ha sido la de convocar a los funcionarios de los gobiernos en campos específicos para dilucidar la mejor manera de

⁷³ Para un relato sintético pero completo sobre la historia, estructura y actividades de la OECD *vid.* SALZMAN, J. (2000). «Labor Rights, Globalization and Institutions: The Role and Influence of the Organization for Economic Cooperation and Development», *Michigan Journal of International Law*, vol. 21, issue 4, pp. 774-788. *V. et.* el sitio web de la organización, el cual ofrece información variada: <https://bit.ly/3lDVI7G>

⁷⁴ Article 1, Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development. El texto completo se encuentra disponible en: <https://bit.ly/2SEVa0m>

resolver un problema económico o regulatorio común y, a veces, promulgar un código modelo para la aplicación de las soluciones acordadas.»⁷⁵

La OECD tiene un programa político y regulatorio sin ambigüedades de carácter público. Por lo tanto, su interés en el proceso constituyente chileno debería estar en función de la realización de sus cometidos constitutivos. Las constituciones y el tipo de constitucionalismo que la OECD considera significativos están relacionados con los modelos adoptados por sus Estados miembros. La comparación funcional y orientada a la armonización que podría interesar al asesoramiento que ofrece la OECD propenderá a la universalización del orden del constitucionalismo liberal y de mercado. Esto significa velar por la mantención del *statu quo*. Ciertamente los agentes interesados tienen derecho a ofrecer consejos y promover los modelos constitucionales de su conveniencia. Es parte de la acción política el hecho de que exista un disenso de las diversas posturas sobre como consensuar elementos estructurales de una constitución. La verdad, falsedad o idoneidad de las propuestas debe ser ponderada y examinada en la deliberación democrática. No obstante, los problemas afloran cuando se pone en cuestión el tamaño, las capacidades y la posición única que tienen estas grandes organizaciones para incidir y promover ciertas agendas, el carácter de fuente oficial y reconocida con el que se presentan y la aparente inocencia de la apoliticidad técnica. La posibilidad de opacar modelos constitucionales alternativos, desplazar constituyentes con menos recursos y descalificar, apelando al argumento de autoridad, las propuestas de grupos contraculturales, es patente. El riesgo de distorsión de la autonomía política del constituyente para la autodeterminación está en juego. Aquí el recurso al derecho constitucional ortodoxo de países extranjeros, junto a su comparación, es todo menos desinteresado o neutro. Esto no es un fenómeno aislado, ni se reduce a la OECD.

3.1.2. El caso de IDEA

El caso anterior se verificó previa materialización de algunos antecedentes factuales importantes. La CCCh aun no entraba en funciones, ni su integración había sido conformada. El recurso potencial a la asesoría OECD es una decisión contingente que concierne a la asamblea. No obstante, una vez ya en ejercicio de sus funciones, fue posible constatar la celebración de un convenio de colaboración con una organización transnacional que presta asesorías técnicas en derecho comparado. El 05 de octubre de 2021, la CCCh y la *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* sellaron un acuerdo de cooperación. IDEA se comprometió a lo siguiente: «apoyar y prestar asistencia técnica, tanto a la mesa directiva, comisiones temáticas y represen-

⁷⁵ SLAUGHTER, A-M. (2004). *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, p. 46. Esta autora presenta la OECD como una organización intergubernamental. La clasifica como una de aquellas redes gubernamentales que operan dentro de organizaciones internacionales (*Government networks within international organizations*), pp. 45, 143-144.

tantes y sus asesores de acuerdo con lo que estimen pertinente y necesario.»⁷⁶ Del mismo modo, «se compromete a poner a disposición de la Convención material y conocimiento, acceso a expertos, asesoramiento técnico y la realización de talleres especializados»⁷⁷ Este es un típico convenio de servicios de asesoría constitucional que se presenta como una tecnología agnóstica. IDEA no es una organización de la envergadura de la OECD, ni desarrolla un plan de orientación capitalista servil al mercado mundial. Empero, no es una organización científica. Es, en efecto, una organización política transnacional que promueve estándares para la «democratización». La pregunta que surge es: ¿Cuál democratización?

Los estatutos de IDEA indican que es una «organización internacional intergubernamental». Fue constituida en 1995 por catorce países miembros, bastante heterogéneos, incluido Chile, cuya sede está localizada en Estocolmo. Su misión tiene pretensiones globales. Entre otros, sus objetivos consisten en promover y consolidar la democracia, los procesos electorales, la transparencia, la rendición de cuentas, además de prestar asesorías técnicas, establecer relaciones de cooperación, y producir conocimiento. Sus fuentes de financiamiento son varias y van desde contribuciones voluntarias, ingresos por producción de proyectos, publicaciones, donaciones por parte de gobiernos y una cuota anual de parte de los Estados miembros. Sus actividades fundantes son: 1) la creación de un banco de datos y la prestación de servicios de información; 2) la investigación; 3) el establecimiento y la promoción de directrices y 4) la oferta de servicios de asesoramiento y capacitación.⁷⁸

IDEA provee un repertorio bastante completo de información comparada sobre derecho electoral, constitucional y procesos políticos de distintos países. Su sitio web es una base de datos abundante con toda clase de recursos y herramientas que mantienen información sistematizada y actualizada, en distintas lenguas, idónea para ser utilizada en el «diseño» constitucional y legal. En los últimos años esta organización se ha convertido en una importante «forma de asistir a la democracia». Ello a través de sus servicios como fuente de recopilación de información, recolección de conocimiento técnico y transferencia de competencias para el apoyo electoral.⁷⁹ Ha hecho una contribución notable a la accesibilidad y apertura de la información, además de contribuir a la asistencia técnica. Nada de esto desde luego da por garantizada su legitimidad para participar y asesorar, como supuesto agente inocente, en procesos constituyentes. Igualmente, sus aproximaciones a las meto-

⁷⁶ Cláusula Segunda del Convenio. Los términos del acuerdo son públicos y se pueden consultar en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3rKAX2a>

⁷⁷ Ibid. Cláusula Tercera del Convenio.

⁷⁸ Los estatutos de International IDEA se pueden leer en el siguiente enlace: <https://bit.ly/2S-1qhTM>

⁷⁹ RAKNER, L., ROCHA, A. *et al.* (2007). «Democratisation's Third Wave and the Challenges of Democratic Deepening: Assessing International Democracy Assistance and Lessons Learned», *Overseas Development Institute Working Paper*, N° 1, pp. 28-29.

dologías sobre el recurso al derecho extranjero, sus formas funcionales de utilizar la comparación constitucional y sus sugerencias sobre una clase específica y hegemónica de información que transmite y difunde, deben ser objeto de un análisis más fino. En el proyecto parece subyacer una asunción acerca de un lenguaje constitucional moderno de índole común que traspasaría las dificultades de las traducciones, las especificidades locales, y que contribuye a la reificación de la información constitucional.

Antes de profundizar lo dicho, se mencionarían otros casos de este tipo de asesorías. Cabe prevenir que las organizaciones que se presentarán a continuación no han celebrado formalmente convenio alguno con la CCCh, a lo menos hasta la fecha de escritura de este artículo. Son, no obstante, potenciales candidatos y su mención, más bien de índole ejemplar, solo busca afirmar el punto de la pretensión de *expertise* técnica neutral, la naturalización de la información constitucional predominante, además de los tintes imperiales que estaría presentes en estos proyectos.

3.1.3. Otros casos de organizaciones de asesorías transnacionales

Comparative Constitutions es otro actor de escala global que está al servicio de la asesoría para la elaboración constitucional. Contribuye también a la reificación de instituciones y reglas constitucionales. Ahora bien, a diferencia de IDEA, se concentra solo en asuntos relacionados con información sobre constituciones comparadas, sus reformas y los procesos constituyentes. Tampoco es una organización transnacional sino más bien una iniciativa privada de orientación académica que nació el 2005. Ahora cuenta con respaldo institucional de parte de algunas universidades de elite de EE.UU. y el Reino Unido. Varias organizaciones transnacionales como el propio IDEA le dan apoyo financiero. Otros de sus financistas son, además de Google Ideas (actualmente Jigsaw), organizaciones filantrópicas como Indigo Trust, Thomas Reinhart Foundation y el United States Institute of Peace. Tal como su sitio web diáfano lo describe, CPP «proporciona datos sistemáticos a los especialistas en derecho comparado para que los analicen antes de asesorar a los redactores de las constituciones.»⁸⁰ Aunque también admiten que ofrecen asesorías directas: «trabajamos regularmente con los redactores que participan en los procesos de elaboración constitucional y con quienes los apoyan. Nuestro trabajo ha consistido en comentar los borradores, suministrar datos y generar informes.»⁸¹ En efecto, han participado, ofreciendo sus servicios, en procesos constitucionales recientes como los de Kenia (2009-2010), Nepal (2007-2008) e Islandia (2009-2013), por mencionar algunos.

La *European Commission for Democracy through Law* es otro órgano supranacional integrado por expertos en derecho constitucional que también ofrece este tipo de

⁸⁰ La información se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://bit.ly/2TvO9PG>

⁸¹ Ídem.

asistencia jurídica. La así llamada «Venice Commission». Es un cuerpo consultivo y de cooperación del Consejo de Europa. Fue ideada originalmente en 1990, luego de una reunión de algunas autoridades europeas en la ciudad de Venecia.⁸² El propósito inicial fue implementar legal y constitucionalmente el modelo liberal capitalista en los países de Europa Central y del Este con posterioridad a la caída de Muro de Berlín y la URSS. Su apoyo fue clave, por ejemplo, en la elaboración de la Constitución de Rumanía de 1991. De acuerdo con sus estatutos, sus objetivos consisten en i) reforzar la comprensión de los sistemas jurídicos de los Estados participantes, en particular con el fin de acercar estos sistemas; ii) promover el *Rule of Law* y la democracia; iii) examinar los problemas que plantea el funcionamiento de las instituciones democráticas así como su refuerzo y desarrollo.»⁸³ Como se observa, cuestiones políticas controversiales como la pretensión de convergencia jurídica, proyectos democratizadores, buena gobernanza y la difusión del *Rule of Law*⁸⁴, se reiteran.

Hoy día los alcances de la Comisión de Venecia son globales. Sus intereses geopolíticos se extienden más allá de los Estados europeos. Asia Central, países mediterráneos no-europeos y Latinoamérica han sido beneficiados con su soporte basado en estudios constitucionales comparados. Asimismo, al igual que IDEA, elabora estudios de impacto transnacional, además de reportes, directrices, opiniones e informes. Como asesores, participaron de hecho en el proceso constituyente de Bolivia (2011-2012). Es un promotor del constitucionalismo liberal dominante. Si bien ofrece, en general, toda clase de asesorías jurídicas, la elaboración de constituciones es parte importante del trabajo de la Comisión.⁸⁵ Debido a su posición institucional, al alero del Consejo de Europa, es otro actor significativo en la consultoría constitucional transnacional.⁸⁶ Pese a que su integración individual debe ser en base a «expertos» independientes (art.2 del Estatuto), sus roles científicos son dudosos. En cambio, su agenda política es clara y responde a las decisiones e intereses del Consejo de Europa. Los Estados miembros incluyen también Estados no-europeos.

⁸² El Comité de ministros del Consejo de Europa creó la Comisión de Venecia mediante la Resolución 90(6) de 10 de mayo de 1990, que contenía el estatuto original. El estatuto actualizado fue formalizado el 2002.

⁸³ Article 1, Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law. El texto completo se encuentra disponible en: <https://bit.ly/3Hl6oLh>

⁸⁴ De hecho, elaboraron y adoptaron un «Rule of Law Checklist» (2016), que contiene las categorías antes mencionadas. Puede consultarse aquí: <https://bit.ly/3sJ8zEg>

⁸⁵ Parte significativa de este trabajo se encuentra detallada en su página web: <https://bit.ly/3FGRhLF>

⁸⁶ Una pormenorizada descripción y análisis del rol de la Comisión de Venecia como agente asesor transnacional en procesos de elaboración constitucional en sentido amplio, se encuentra en CRAIG, P. (2019). «Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy», GINSBURG T., HALLIDAY, T. C. *et al.* (eds.) *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 156-187.

3.1.4. Algunos problemas

Las organizaciones antes mencionadas adquieren la forma de proyectos técnicos transnacionales cuyos objetivos están destinados a influir y sugerir la ortodoxia de la comparación constitucional. Es oportuno esbozar algunas complejidades que deben tenerse a la vista. Programas como CCP, IDEA y en menor medida la Comisión de Venecia, no solo tienen pretensiones políticas sino que también han contribuido significativamente al proceso de reificación de la información constitucional. Esto conlleva la eventualidad de naturalizar la preeminencia de ciertas instituciones legales y constitucionales como incuestionables y autoevidentes. En particular, si son occidentales y funcionales al desenvolvimiento del mercado mundial que es direccionado por organizaciones transnacionales de gobernanza. Del mismo modo, constituyen el paradigma de la clasificación, la estandarización, la yuxtaposición y el procesamiento del derecho extranjero de un modo a-histórico, abstraído de sus respectivos contextos, significados, interpretaciones y prácticas locales, regionales o nacionales. Operan como reservorios de información funcional y tematizada que relega a un segundo plano la importancia de la contingencia de la contestación política, la economía política y las cuestiones éticas en los procesos de elaboración constitucional. La deliberación es sustituida por la eficiencia de un modelo arquetípico que ha sido previamente revisado y procesado. Luego los asesores de elite podrían sugerir algunos de estos tipos naturalizados, tomados desde bases de datos, como una solución que creen idónea para los procesos constituyentes de un pueblo particular. Usualmente dirigida desde locaciones asentadas en Estados ricos, hacia países de menores ingresos, que padecen dificultades económicas y políticas. La mayor parte de estos últimos se encuentran en posiciones marginales en el orden global.

Autores como Günter Frankenberg han formulado críticas acrimoniosas a las limitaciones y problemas de las prácticas de esta clase de organizaciones basadas en estudios constitucionales comparados. En especial porque son deshistorizados y de poca sensibilidad con los contextos culturales y sociopolíticos. El autor ha expresado las objeciones a través de lo denominó la Teoría IKEA de la transferencia constitucional como mercancías.⁸⁷ En concreto observó, entre cosas, cuestiones como las siguientes. Primero, la información constitucional se reifica y se transforma en un puro valor abstracto; a saber, una mercancía transferible e intercambiable (hecha a la medida, ensamblable y desmontable como los muebles IKEA). Segundo, se produce una desconexión entre las prácticas de la transferencia y la comparación ingenieril respecto de la dimensión política y social de las constituciones particulares. Estas organizacio-

⁸⁷ El mejor y más actualizado desarrollo de esta idea se encuentra en FRANKENBERG, G. (2018). *Op. Cit.* cap. IV, pp. 111-155. La tesis comprende el desarrollo de un proceso de cuatro niveles y una reflexión crítica, por un lado, sobre el carácter irreconciliable del trasplante constitucional y el contexto (sociocultural), por otro, sobre la tecnología política implicada. Se trató de ampliar la fórmula para incorporar una perspectiva que explora ciertos impactos a partir de la relación entre el derecho y la economía política.

nes, al operar con la pretensión de ser una tecnológica agnóstica, despolitizan y desocializan la información y la deliberación constitucional. Así, el autor sostuvo que «[p]ara los aficionados al análisis cuantitativo, esto [CCP] debe ser el paraíso, para los comparativistas que creen que las constituciones están en algún sentido relacionadas con la política y el entorno social y económico, tal teneduría de datos y documentos de alto nivel parece un poco patética.»⁸⁸ Incluso el propio Tom Ginsburg, uno de los fundadores de CCP y asesor global por antonomasia, ha reconocido algunas de las dificultades empíricas de la asesoría transnacional en los procesos de «construcción de una constitución». Ha denominado este tipo de prácticas transnacionales «una naciente forma de *expertise*».⁸⁹ Con todo, Ginsburg defiende el rol del asesor, a pesar de que «todos los redactores de constituciones aportan sus propias perspectivas y antecedentes, que a veces pueden afectar al asesoramiento que dan.»⁹⁰

Por supuesto que de esto no se sigue rechazar *a priori* alguno de los proyectos antes mencionados. Tampoco se puede desconocer que es una contribución valiosa el hacer accesibles conocimientos que pueden ser complejos de recabar u obtener. Lo que importa, más bien, es evidenciar lo que subyace en las ideologías de estos proyectos globales y tener presente que son agentes cuya asesoría debe tomarse con prevenciones cuando cuestiones sobre soberanía, poder, historia y política están involucradas. La incidencia que estas organizaciones pueden tener no puede ser subestimada. No existen suficientes estudios, sean normativos o empíricos, que escruten acuciosamente el rol de los agentes asesores externos en los procesos de elaboración constitucional. En dichas prácticas, tanto el recurso al derecho constitucional comparado disponible en reservorios reificados, como la gobernanza transnacional, están implicadas en distintos grados. En un contexto globalizado de interdependencia e interconectividad, la proyección transnacional de la creación constitucional ha adquirido dimensiones paradigmáticas que requieren ser explicitadas.

Muchas veces, en el ámbito local, se asume sin sospechas que esta clase de asesorías significan un soporte técnico beneficioso. Sin embargo, no hay razones para omitir cuestionamientos a las presuposiciones y los proyectos políticos de los consultores transnacionales. De la misma manera, escrutar críticamente la clase de materiales e instituciones constitucionales extranjeras a los que se acude permite transparentar contextos y develar las actitudes ideológicas que subyacen en las preferencias hacia ciertos órdenes jurídicos. Resulta difícil pensar que no haya dificultades normativas en estas prácticas que requieran mayor análisis. Por último, se debe insistir en que lo que está en juego es la autonomía del constituyente para decidir y autodeterminarse

⁸⁸ FRANKENBERG, G. (2018). Op. Cit. p. 123. El autor menciona igualmente otros casos y ejemplos de este tipo de asesorías y los efectos desconcertantes que tuvieron en variados procesos de elaboración constitucional.

⁸⁹ GINSBURG, T. (2019). «Constitutional Advice and Transnational Legal Order», en *Id.*, HALLIDAY, T.C. et al. (eds.) *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 27.

⁹⁰ *Ibid.* p. 44.

sin sesgos y sin captura por parte de grupos de poder. La capacidad de incidencia de organizaciones transnacionales está por lejos sobre las posibilidades de otros grupos que participan en el proceso. Ello es así debido a los menos recursos con los que cuentan, limitaciones en las coberturas de información y restricciones de acceso a las asesorías constitucionales de elite.

4. OBSERVACIONES FINALES

En este trabajo se expusieron, en primer lugar, algunas consideraciones conceptuales sobre la globalización y los efectos que ha tenido en la teoría del derecho. Se identificó la comparación jurídica contemporánea y la expansión de la transferencia del derecho extranjero como una manifestación de la globalización en los estudios jurídicos. Del mismo modo, se hizo presente que la comparación jurídica, aun cuando posee raíces históricas reconducibles al modelo westfaliano de la modernidad temprana, ya no se basa *solo* en las interacciones entre lo *internacional* y lo nacional. Bajo el prisma de la globalización la comparación jurídica posee también componentes *transnacionales*. Esto se produce en dos niveles implicados: sujeto y objeto. El primero dice relación con la naturaleza transnacional que han alcanzado los agentes de la comparación. Los asesores técnicos de elite sean individuales o colectivos que se presentan como neutrales para trabajar en cuestiones políticas. El segundo refiere a la transnacionalidad misma de los materiales foráneos que se comparan, transfieren y ensamblan. El mercado de los principios, vocabularios, estructuras, reglas e instituciones jurídicas. En especial, porque dicha información yace, reificada, compactada, procesada y naturalizada en repertorios digitales que están abstraídos de sus connotaciones situacionales irrepetibles. En ese contexto, en el texto se profundizaron algunas dificultades políticas que presenta la transferencia y ensamblaje del derecho constitucional foráneo a partir de ejercicios de comparación que tienen lugar en los procesos de elaboración de una constitución. En ese orden de ideas, se hizo presente algunas de las complejidades no solo metodológicas sino también políticas del ejercicio comparativo en general y de su dimensión constitucional transnacional en particular.

Luego, en la segunda sección, el relato se basó en cuestiones prácticas y un caso concreto. La reciente experiencia empírica del proceso constituyente chileno fue el trasfondo del análisis. Se examinaron tres situaciones. En primer lugar, las asesorías constitucionales basadas en estudios jurídicos comparados que a la CCCh ofrecerán una organización de gobernanza global como la OECD y una organización intergubernamental como IDEA. En segundo lugar, se analizaron otros dos actores globales que ofrecen servicios de asesorías en derecho constitucional comparado. Se dio atención a estas últimas porque eventualmente podrían ofrecer consultorías al proceso constituyente que acaece en Chile. En efecto, ya lo han hecho anteriormente en otros procesos regionales de elaboración constitucional. A modo de cierre, se ofrecerán algunas reflexiones finales sobre las relaciones entre la comparación constitucional (i)

y la globalización capitalista (ii) en un nivel mayor de abstracción. Se dejarán esbozados trazos de un programa de investigación.

(i) Lo jurídico. Las transferencias de instituciones constitucionales de un país a otro necesitan prevenciones metodológicas que signifiquen acabada reflexión y toma de distancia en la observación. Políticamente demanda amplia deliberación y participación democrática. La implantación de instituciones, reglas o principios desarraigados de su nuevo ambiente cultural y social requiere atención. Lo ajeno no se hace familiar de modo automático. La fórmula abstracta, desocializada y descontextualizada ofrecida en el repertorio global de instituciones constitucionales no conlleva acomodación inmediata en la complejidad de los escenarios regionales, locales o nacionales concretos en los que se implanta. Las sugerencias de importación dadas por los académicos iluminados de las universidades, centros de estudios de elite u organizaciones que prestan asesorías, no reflejan los intereses políticos de un pueblo. Las transferencias constitucionales dan la falsa impresión de que, tras las mágicas maniobras de conversión dadas por los juristas asesores, el material transferido seguirá siendo idéntico a sí mismo. Ingenuamente se piensa que la institución, regla o principio trasplantado seguirá desempeñando su antiguo rol en el nuevo ambiente.⁹¹ Los distintos órdenes jurídicos no están compuestos solo de piezas fungibles y deshistorizadas pertenecientes a un gran esquema mecánico funcional. La comparación constitucional es compleja debido a su contingencia. Es una actividad política que debe estar sujeta al control popular; en caso alguno debe ser monopolio de los juristas o de cualquier otra elite. La comparación jurídica de lo foráneo debe fundamentarse desde abajo, democráticamente. Elaborar constituciones es una actividad política. El recurso a formas jurídicas extranjeras solo puede lograr su propósito subversivo si se direcciona hacia la ruptura de las jerarquías y los mecanismos de dominación. No así para su mantención y expansión.

(ii) Economía política. El modo de producción capitalista es una totalidad social cosmopolita que se expresa mediante la producción, circulación, consumo de mercancías y distribución del plusvalor. La globalización es la quintaesencia de este proceso que prefigura todas las esferas sociales y los órdenes normativos incluso. Ahora bien, el funcionamiento del mercado mundial necesita elementos facilitadores para su actualización. La interacción dialéctica con la forma jurídica completa el movimiento. El orden jurídico y el económico requieren estar co-implicados en una relación necesaria de integración. Es una co-originalidad. En esta dinámica, la circulación global del capital requiere una uniformidad del lenguaje jurídico a escala planetaria. Una correspondencia de las instituciones que tiende a desvanecer y subsumir las especificidades locales. Esto conlleva un programa de universalización de la forma jurídica. Marx & Engels anticiparon la tendencia del capitalismo hacia la homogeneización de la diversidad normativa. Argumentaron que ello traía como consecuencia la centra-

⁹¹ TEUBNER, G. (1998). «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences», *Modern Law Review*, vol. 61, N° 1, p. 12.

lización política; de ese modo «provincias que eran independientes, apenas aliadas, con diferentes intereses, gobiernos, leyes y aduanas, se tornaron unidas bajo una misma nación, un gobierno, una ley, un interés de clase nacional, una única línea aduanera.»⁹² Según sugiere un autor, concebir el capitalismo como un sistema global unitario fue central para el pensamiento de Marx. Asumió que la lógica del capital tenía que operar a escala mundial desde su creación. Para él, el mercado mundial es tanto el resultado como la atmósfera viva del capitalismo.⁹³

Síntesis. En este contexto, la comparación jurídica como transferencias para construir la uniformidad jurídica desempeña un rol clave. La homogeneización y convergencia de legislaciones, constituciones y órdenes jurídicos está implícita en la transnacionalización de los mercados. El uno parece no ser posible sin el otro, viceversa. El derecho extranjero, a través de diversos procesos de circulación, procesamiento de reglas y transferencias de instituciones y regímenes, conlleva la construcción progresiva de una especie de código jurídico global. Éste debe ser lo suficientemente flexible y funcional como para responder a las exigencias de estabilidad, seguridad, certeza e interdependencia que requieren los mercados en constante expansión. El mercado mundial requiere que las reglas, los principios y los vocabularios constitucionales y legales sean compatibles unos con otros y no contradictorios; cada pieza debe calzar en su correlación. En este proceso, las organizaciones transnacionales de gobernanza global son protagonistas.⁹⁴ Los juristas que las hacen de asesores de elite, disfrazados de académicos técnicos y agnósticos, a su vez, se convierten en los ejecutores. Pero como se anticipó, estas dinámicas están trasuntadas por su contradicción inherente y constitutiva. Corresponde a cada pueblo la autoorganización de distintas acciones políticas para resistir la presión de la dominación económica mediante el lenguaje y las plasticidades que ofrece el derecho. La forma jurídica es política, no una tecnología. La comparación jurídica es mayormente un método apropiable, no una receta divina que solo está al alcance de los iluminados. El pueblo organizado y su capacidad de autodeterminación pueden subvertir estos procesos. Paradojalmente, el derecho posee la ambivalencia de ser agente de dominación y de cambio a la vez. Chile tiene una oportunidad única de hacerse del rendimiento emancipatorio de la forma jurídica.

⁹² MARX, K. & ENGELS, F. (1848) [1977]. Op. Cit., pp. 466-467.

⁹³ JEONG, S. (2020). «Globalization», en Marcello Musto (ed.) *The Marx Revival*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 290.

⁹⁴ E.g., con relación al rol del Banco Mundial respecto al uso despolitizado, tecnológico y a-histórico del derecho para el desenvolvimiento del mercado global, T. KREVER (2011). Op. Cit. p. 318, señala que para éste, el derecho opera «como una técnica objetiva y no controvertida —la aplicación desinteresada de principios técnicos para facilitar un resultado eficiente siendo el derecho una plataforma neutral para la productividad individual.»

Title

Globalisation and constitutional transfers. Remarks on potential implications on the Chilean constitution-making process

Summary

1. INTRODUCTION. Structure. 2. GLOBALISATIONS. 2.1. Globalisations, transnationalisations and legal theory. 2.2. Foreign laws, comparisons, and some problems. 2.2.1. Foreignness and comparisons. 2.2.2. Problems. 2.3. Comparisons, transfers, constitution(s). 2.4. Transfer of foreign laws and constitution-making advice. 2.4.1. Transnational advice and transfers in constitution-making. 3. CHILEAN CONSTITUTION-MAKING PROCESS. 3.1. The OECD case. 3.1.2. The IDEA case. 3.1.3. Other cases of transnational consultancy organisations. 3.1.4. Some problems. 4. CONCLUDING REMARKS.

Resumen

El artículo sugiere un nexo entre la elaboración de constituciones y los procesos de globalización capitalista. Dicho enlace sería proporcionado por la transferencia constitucional como parte de los estudios jurídicos comparados. En efecto, hoy ya no solo se basan en la interacción entre lo nacional y lo *inter*-nacional, sino que también implican la dimensión *trans*-nacional. Se intentará demostrar el vínculo observando algunas facetas empíricas relacionadas con la información sobre constituciones extranjeras que algunas consultorías transnacionales ofrecen al proceso constituyente chileno. Las conclusiones muestran que solo ciertas formas jurídicas predominantes son promovidas y transferidas. Esto sería así pues resultan funcionales al desenvolvimiento del mercado mundial.

Abstract

The article suggests a link between constitution-making and capitalist globalisation processes. The nexus would be provided by constitutional transfer as a part of comparative legal studies. Indeed, nowadays they are not only based on the interplay of the national and the *inter*-national, but also involve the *trans*-national dimension. The essay will attempt to demonstrate the connection by looking at some empirical facets related to the information on foreign constitutions that some transnational consultancies offer to the Chilean constitution-making process. Conclusions show that only certain predominant legal forms are promoted and transferred. This is because they are functional to the unfolding of the global market.

Palabras clave

Globalización; estudios constitucionales comparados; transferencia constitucional; transnacionalización; proceso constituyente chileno

Key words

Globalisation; comparative constitutional studies; constitutional transfer; transnationalisation; Chilean constitution-making process