

NEVES, MARCELO, LA CONSTITUCIONALIZACIÓN SIMBÓLICA. LIMA, PALESTRA EDITORES, 2015, 273 PP.

PRISCILA MACHADO MARTINS*
Universidad Central
priscila.machado@ucentral.cl

El tema desarrollado por el profesor brasileño Marcelo Neves se refiere a la prominencia de la función simbólica de los textos constitucionales en detrimento de la efectiva concretización jurídico-normativa de sus preceptos. En su obra, el autor busca responder a las siguientes preguntas: ¿de qué manera los textos constitucionales que prometen asegurar los derechos fundamentales, y que constantemente no son respetados, pueden ser considerados un parámetro capaz de orientar la conducta de los individuos y protegerlos? ¿En qué medida el déficit de concretización jurídico-normativa de la Constitución no constituye solamente un problema de ineficacia, sino que la hipertrofia de su función simbólica?

La obra fue primeramente publicada en alemán por la editorial Dunker und Humblot, en 1998 y, posteriormente, en 2007, en portugués, en una edición revisada y ampliada, por la editorial Martins Fontes. En 2015, la Palestra y presenta este importante texto al público hispanoparlante. No obstante, la primera versión del libro, correspondiente al trabajo por medio del cual el autor obtuvo el cargo de profesor titular de la Universidad Federal de Pernambuco, ya había sido publicada en Brasil en 1994, por la editorial Académica.

La obra en análisis se inicia con una rigurosa y detallada reconstrucción de la discusión referida a la cuestión de la legislación simbólica, materia desarrollada por la teoría constitucional alemana en las dos últimas décadas del siglo XX. El autor, demostrando todo su rigor conceptual, busca determinar y precisar los contornos del sentido de los términos “símbolo”, “simbólico” y “simbolismo” dentro de la ambigüedad semántica que es propia de dichas expresiones.

Dicha noción se inserta a propósito de los fines de la legislación y de la idea de que la actividad legislativa y su producto final se dirigen de tal modo a su sig-

* Abogada (Brasil); Candidata a Doctor en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Profesora de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Central de Chile.

nificado simbólico, que terminan por anular su instrumentalidad en la búsqueda de una solución concreta de conflictos sociales. Se propone, de acuerdo con su contenido, la clasificación de la legislación simbólica en tres tipos. Primeramente, aquella que se limita a confirmar determinados valores sociales, privilegiando la posición valorativa de determinado grupo de la sociedad. Sus efectos concretos son menos importantes que su valor simbólico de favorecer determinados valores en detrimento de otros.

El segundo tipo se refiere a los actos legislativos que surgen con el mero fin de dar una respuesta rápida a determinados objetivos sociales, ofreciendo, en definitiva, sólo una solución aparente para el problema. También se denomina como legislación coartada, pues da una falsa impresión de que el Estado tiene la capacidad de responder prontamente a los problemas sociales. Pues bien, su uso abusivo puede generar un efecto diverso, esto es, un sentimiento de desconfianza de la ciudadanía en relación al Estado.

El tercer tipo se refiere a la legislación simbólica que busca posponer la solución de los conflictos por medio de compromisos dilatorios, por medio de las propuestas que prometen ser implementadas en un plazo indeterminado. La legislación reconoce la imposibilidad de solucionar de inmediato el conflicto y, por ello, establece compromisos futuros para tratar la cuestión.

Si bien es claro el efecto negativo que acarrea la utilización de la denominada legislación simbólica por la no concretización consciente y asumida de sus preceptos, debe reconocerse que ella también trae efectos positivos, se cita como ejemplo de ello la sobreposición de las cuestiones políticas por sobre las cuestiones jurídicas. A propósito de dichas consecuencias favorables, el autor destaca que la legislación simbólica puede contribuir, en primer lugar, en la labor de convencimiento de personas y grupos acerca de la relevancia que el Estado le otorga a los tópicos de los cuales trata, y de la importancia del comportamiento que la norma busca promover, manifestando la valoración positiva que de aquellos hace, provocando tranquilidad y confortando a la sociedad, por cuanto los respectivos sentimientos e intereses sostenidos por ciertos grupos son considerados legislativamente incorporados en el derecho y garantizados por éste.

Por otro lado, según el autor, el segundo aspecto positivo que tal fenómeno provoca es que la afirmación pública de una norma moral, consagrada por el legislador, termina por conducir a las principales instituciones sociales a adoptarla y utilizarla como fundamento, aunque el respectivo texto legal carezca de fuerza jurídico-normativa y de la eficacia que le serían específicas.

Finalmente, la legislación simbólica genera un efecto confirmador que termina por consagrar los que considera valores sociales de relevancia institucional

para reafirmar públicamente el tipo de sociedades que “son dignas de respeto” y definir aquellas que son consideradas “desviantes”, y que, por lo tanto, generan profundos conflictos entre los grupos.

En el segundo capítulo, establecidos los conceptos anteriores, el autor se enfoca en el concepto de constitución, para efectos de determinar el sentido del tema central del libro, esto es, la constitucionalización simbólica.

En una primera aproximación, dicha noción es la resultante de la introducción de normas de contenido simbólico en la Constitución. No obstante ello, hace presente que la actividad del poder constituyente no sigue la necesaria normatividad jurídica generalizada con la respectiva concretización normativa del texto constitucional, donde prevalece la función simbólica por sobre la función jurídico-instrumental de la norma constitucional. En efecto, el elemento de distinción es la hipertrofia de la dimensión simbólica en desmedro de la realización jurídico-instrumental de los dispositivos constitucionales.

Por otro lado, la constitucionalización simbólica plantea dos perspectivas interesantes que deben ser explicitadas: una negativa y otra positiva. Desde el punto de vista negativo, la ausencia de concretización normativa del texto constitucional, y desde el punto de vista positivo, el rol político-ideológico que la actividad constituyente y el lenguaje constitucional representan en una sociedad.

A partir de ello, en un sentido negativo de la constitucionalización simbólica, el autor desarrolla las relaciones que se producen entre texto constitucional y realidad, señalando que es en el proceso de concretización de la norma que va ser construida la propia norma constitucional, pero añadiendo que, con frecuencia, la concretización tendrá un efecto desconstitucionalizante, esto es, una degradación semántica del texto constitucional, que se da en el proceso de realización de la norma constitucional. El problema no se restringe a la desconexión entre disposiciones constitucionales y comportamiento de los agentes públicos y privados, o sea, no es una cuestión simplemente de eficacia. Así, gana relevancia específica en el plano de la vigencia social de las normas constitucionales escritas, caracterizándose por una ausencia generalizada de orientación de las expectativas normativas conforme a las determinaciones de los dispositivos de la Constitución.

Por otro lado, en relación a su visión positiva, que identifica como función político-ideológica de la actividad constituyente y del texto constitucional, su tarea no consiste en la reglamentación de las conductas ni orientar expectativas conforme determinaciones jurídicas de las respectivas disposiciones constitucionales, sino que busca responder a exigencias y objetivos políticos concretos. Desde esta perspectiva, la constitución simbólica desempeña una función ideológica, pues en este caso el modelo constitucional actúa como ideal, que a través de los “dueños

del poder” se desarrolla de forma retórica de la buena intención del legislador constituyente y de los gobernantes en general.

La Constitución aparente implica una representación ilusoria en referencia a la realidad constitucional sirviendo antes para inmunizar el sistema político contra otras opciones. Pertenecen al discurso del poder, la invocación permanente del documento constitucional como estructura normativa que garantiza los derechos fundamentales, de la división de los poderes y de las elecciones democráticas. De esta realidad proviene la desfiguración pragmática del lenguaje constitucional, que disminuye la tensión social, inmunizando el sistema contra otras alternativas, pero conduce a casos extremos, a la desconfianza pública en el sistema político y en los agentes estatales. En este aspecto, la constitución simbólica tiene sus límites, pudiendo generar la sensación de discrepancia entre acción política y discurso constitucionalista.

Por otro lado, la constitución simbólica no puede ser confundida con el problema de ineficacia de algunos dispositivos constitucionales, aunque la ausencia de concretización normativa esté vinculada con la función simbólica. La constitución simbólica se refiere específicamente cuando el funcionamiento hipertróficamente político-ideológico de la actividad y del texto constitucional afecta las bases del sistema jurídico constitucional. Este fenómeno ocurre cuando las instituciones constitucionales básicas, tales como los derechos fundamentales, la separación de poderes y el sistema de elecciones, no encuentran resonancia generalizada en la praxis de los órganos estatales ni en la conducta o expectativa de la sociedad.

Partiendo de esta concepción, el autor clasifica los tipos de constitucionalización simbólica y distingue entre: i) aquella destinada a la corroboración de determinados valores sociales, ii) la Constitución como fórmula de compromiso dilatorio, y iii) la constitucionalización coartada.

En relación al primer caso, la constitución sirve para confirmar las creencias y el *modus vivendi* de determinados grupos, como sería el caso de la afirmación de principios de “autenticidad” y “negritud” en los países africanos después de la independencia. En este caso, la Constitución busca institucionalizar simbolismos específicos, muchas veces vinculados a textos constitucionales autocráticos, de modo que no cabe, en rigor, según el autor, hablar de constitucionalización simbólica en sentido estricto.

En relación al segundo tipo, revela una constitución que es sustentada por los compromisos a la regulación y ordenación objetiva de ciertos asuntos controvertidos, por medio de transacciones en torno a la organización y al contenido de la Constitución.

Por fin, la constitución coartada se refiere a la comprensión de la constitucionalización que se fundamenta, sobre todo, en las pretensiones de la élite dirigente, donde existe una retórica realización del modelo constitucional para un futuro remoto. La constitución coartada en mucho se asemeja a las constituciones normativas, o sea, aquellas que son concretizadas, principalmente en la positivación de valores y de derechos. No obstante, ellas se diferencian en un punto fundamental: la realización práctica.

En el último capítulo, el autor trata la constitucionalización simbólica como alopoiesis del sistema jurídico, definida como reproducción del sistema jurídico con base en criterios, programas y códigos provenientes de su ambiente. Desde este aspecto, el autor problematiza la posibilidad de describir el derecho de la sociedad moderna de autopoietico, o sea, capaz de autoproducir consistentemente a partir de criterios propios, códigos y programas. En este sentido, la distinción entre las sociedades de la modernidad central y las periféricas está determinada por la sobreposición del sistema político sobre el jurídico, en el caso de las sociedades periféricas. En este sentido, la constitucionalización simbólica consiste esencialmente en el bloqueo político-destructivo que obstruye la reproducción autónoma del sistema jurídico, perdiendo con esto la relevancia jurídico-normativo de los textos constitucionales en la orientación de las expectativas normativas.

Esta obstrucción del proceso de concretización constitucional, es derivada de la sobreposición de los códigos binarios de otros sistemas sociales, tales como la economía y política, al perder los contornos diferenciadores del sistema jurídico en relación a su ambiente, determinando una politización desjuridizante de la realidad constitucional. Estos efectos, según el autor, son típicos de las sociedades periféricas, caracterizadas por su heterogeneidad estructural, que expresa una sobreposición de la política sobre el derecho. Por esta razón, la constitución en el contexto de la modernidad periférica no funcionaría como mecanismo de acoplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico, pero sí como factor de bloqueo y politización del sistema jurídico.

De este modo, el autor trabaja con la idea de la constitucionalización simbólica de modo impar, siendo lectura obligatoria para todo especialista del área constitucional.