

CONSTITUCIÓN Y TEORÍA CONSTITUCIONAL

CONSTITUTION AND CONSTITUTIONAL THEORY

Juan Pablo Zambrano Tiznado¹

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo mostrar dos formas distintas de hacer teoría constitucional. Para cumplir el objetivo el artículo presenta, en primer lugar, los principales elementos y características de la teoría constitucional desarrollada en EE.UU. por autores como Richard Fallon y Jamal Greene. Luego, en segundo lugar, el texto presenta sucintamente la teoría constitucional desarrollada en Italia por autores como Paolo Comanducci y Riccardo Guastini. A partir de las semejanzas y diferencias entre ambas formas de hacer teoría constitucional el artículo concluye que no es posible trasplantar la forma de desarrollar la teoría constitucional norteamericana al derecho continental y que el énfasis sobre determinadas intuiciones compartidas en la discusión norteamericana puede ser útil para complementar los enfoques predominantemente teóricos desarrollados en el derecho continental.

PALABRAS CLAVE: Teoría constitucional, constitución, teoría constitucional norteamericana, teorías basadas en el texto.

ABSTRACT

This paper aims to show two different ways of making constitutional theory. To fulfill the objective, the article presents, first of all, the main elements and characteristics of the constitutional theory developed in the USA. by authors such as Richard Fallon and Jamal Greene. Then, secondly, the text succinctly presents the constitutional theory developed in Italy by authors such as Paolo Comanducci and Riccardo Guastini. From the similarities and differences between both ways of making constitutional theory the article concludes that it is not possible to transplant the form of developing the American constitutional theory to

¹Académico del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Frontera. Email: juanpablo.zambrano@ufrontera.cl. Este trabajo es resultado parcial del proyecto financiado por la Universidad de La Frontera (DIUFRO N° 15-0059) del cual el autor es Investigador Responsable.

continental law and that the emphasis on certain shared intuitions in the North American discussion can be useful to complement the predominantly theoretical approaches developed in continental law.

KEYWORDS: Constitutional theory, constitution, American constitutional theory, theories based on the text.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es modesto. Su objetivo es mostrar dos formas de abordar la cuestión de la interpretación constitucional, mostrando sus pretensiones, sus semejanzas y sus diferencias. El primer enfoque será el desarrollado por algunos constitucionalistas norteamericanos en el contexto de los desarrollos de la Teoría Constitucional (en adelante TC). Los autores a los que se hará referencia serán Fallon (1999), Strauss (1999) y Greene (2011). Tanto Fallon y Strauss publicaron sus artículos en el mismo número de una revista y con referencias cruzadas entre ambos autores lo que permite mostrar ciertas relaciones de intertextualidad. Por otra parte, el trabajo de Greene es más reciente y sirve para mostrar el avance del debate.

El segundo enfoque será el desarrollado por algunos teóricos del derecho como Comanducci (2010) y Guastini (1999; 2010 y 2017). Ambos autores pertenecen a una misma tradición jurídica y se muestran especialmente interesados tanto por la cuestión de la interpretación jurídica como por el concepto de constitución.

Es evidente que ambos abordajes se realizan desde distintos contextos (Common Law y Civil Law). Sin embargo, pese a estas diferencias, creo que se pueden obtener algunas lecciones importantes de ambas perspectivas.

2. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA

En el derecho norteamericano la TC ha tenido un amplio desarrollo. Algunos aspectos del debate han sido, (i) ¿qué es una teoría TC?; (ii) ¿con que criterios se puede evaluar una TC?; (iii) ¿cuáles son los criterios compartidos por las Teorías Constitucionales?; (iv) ¿debe

considerarse la composición concreta de los tribunales superiores como una razón para elegir una determinada TC?, etc.

En la tradición norteamericana, la gran división entre las Teorías Constitucionales es aquella que distingue entre una TC basada en el texto y una TC basada en las prácticas constitucionales. Por cierto, las Teorías Constitucionales no funcionan como blancas o negras de modo que las diferencias, aunque importantes se refieren a cuestiones de énfasis.

En la forma de encarar la interpretación constitucional en la TC norteamericana parece estar ausente la pregunta ¿qué es la constitución? Sin embargo, la propia distinción entre texto y práctica parece mostrar que la pregunta sigue presente aunque formulada de otro modo. En este punto, hay varias cuestiones implicadas, tales como: si la constitución es un texto, ¿cuáles son las características de ese texto? o si la Constitución es un conjunto de prácticas ¿qué permite distinguir las prácticas constitucionales de otro tipo de prácticas?² Ahora bien, esta forma de abordar la cuestión de la interpretación constitucional tiene una clara orientación práctica (orientar las decisiones de los operadores jurídicos) y un fuerte carácter contextual (responde a las particularidades del derecho norteamericano).

2.1 Concepto de teoría constitucional: Siguiendo a Fallon (1999: 538), se trata de una teoría externa al texto constitucional que teoriza sobre la naturaleza de la constitución y de cómo los jueces deben interpretarla y aplicarla. En este sentido se trata de utilizar criterios de corrección externos al texto a partir de determinados criterios relevantes (Fallon, 1999: 538ss). La objeción a esta forma de entender la Teoría Constitucional es que depende exclusivamente del grupo que logre imponer de forma exitosa su TC lo que puede tener efectos en la comprensión de los derechos de las minorías. En la tradición norteamericana existe una clasificación fundamental de las Teorías Constitucionales que distingue entre ‘teorías basadas en el texto constitucional’ y ‘teorías basadas en la práctica constitucional’.

Las teorías basadas en el texto constitucional se sostienen en el consenso básico de que el texto sí importa. Estas teorías en sus versiones más sofisticadas distinguen entre significado original e intenciones originales (Greene, 2011: 1183). Entonces, no apelan a la intención de un autor al que ya no es posible acceder o que carece de individualidad (si son varios los autores sería difícil determinar la intención del autor). Por el contrario, recurren al significado

² La respuesta a estas preguntas desborda el objetivo de este trabajo.

original del texto. Este significado original se puede entender como la *intentionooperis*, esto es, la propia intencionalidad del texto en cuanto independiente de sus autores; por otra parte en la formulación de Scalia (Greene, 2011: 1184ss) la comprensión de dicha intencionalidad se daría en una relación dialéctica con la comunidad en que se produjo dicho texto. De este modo, me parece, *intentionooperis* e *intentionolectoris* configuran el significado del texto a partir de la dinámica de producción y distribución del texto en la comunidad textual donde se produjo. Naturalmente intención y significado son cuestiones distintas que sin embargo, no aparecen suficientemente distinguidas. En todo caso, en esta Teoría, la *intentionoautoris* queda fuera del marco del significado del texto y es reemplazado por el texto en tanto documento con intencionalidad independiente de sus autores.

La teoría basada en el texto, tal como se ha expuesto, presenta el problema de que sus criterios de interpretación están en el texto y no fuera de él de modo que no sería una teoría que al decir de Fallon sea externa.³

Por otra parte, la teoría basada en la práctica constitucional también se sostiene en un consenso básico sobre la legitimidad tanto del texto constitución como de sus enmiendas. En este grupo de teorías son relevantes entre otros, Dworkin y su idea de novela en cadena (2008: 166ss) y Ackerman (2011) y su idea de que la constitución es enmendada por el pueblo en momentos de mayor conciencia política. La metáfora de Dworkin merece un comentario a partir de algunas ideas generales de teoría literaria. La metáfora bien puede ser entendida a partir de la idea de principio de cooperación formulado por Herbert Grece y la noción de cohesión textual. En cuanto al principio de cooperación cada autor va escribiendo un nuevo capítulo de la novela cooperando para construir la mejor novela posible (Dworkin, 2008: 166ss). Al mismo tiempo, la idea de cohesión textual se refiere a un criterio de textualidad, esto es un criterio (no el único) para determinar cuando estamos frente a un mismo texto. En este caso, el criterio sería cohesivo y no intertextual porque la comprensión del texto depende de un capítulo del mismo texto. El problema es que los autores en la formulación de Dworkin tienen una intención (de escribir la novela) y al mismo tiempo conocen previamente los capítulos anteriores de modo que la forma de interpretar unitariamente el texto presenta problemas por dos razones: a) vuelve la intención del autor relevante, y b) no solo existen relaciones de cohesión sino de intertextualidad. Respecto del primer problema, la dificultad

³Esta teoría también incluye la propuesta de John Ely de la representación reforzada (*representationreinforcement*) Cfr. Nota 9 de Fallon (1999: 542).

estriba en determinar la intención de cada autor, al mismo tiempo que se restringe la posibilidad de dotar de intención autónoma al texto. El segundo problema consiste en que la metáfora de Dworkin olvida que en la práctica cada capítulo no es una continuación lineal del argumento. Este problema genera dificultades en la interpretación del texto porque entonces lo que prima no es la novela en cuanto texto, sino la intención del escritor del capítulo que nos interesa leer.

2.2 Criterios para evaluar una teoría constitucional: se trata de criterios muy generales que deben ser llenados de contenido en cada sistema jurídico en particular. Siguiendo a Fallon serían los siguientes: a) capacidad para mantener el Estado de Derecho; b) capacidad para preservar la democracia y c) capacidad para proteger derechos sustantivos de forma moral y políticamente aceptable (Fallon, 1999: 538). Strauss acepta estos criterios y dirige su crítica a que estos no serían criterios suficientes porque no permitirían distinguir la teoría constitucional (norteamericana en la crítica de Strauss) de una determinada filosofía política que se supone sustenta una Constitución determinada (Strauss, 1999: 583).

Lo que resulta interesante de la perspectiva de la perspectiva de la Teoría Constitucional es que sus autores tienen un marco común de comprensión. Este marco común está dado por una cultura jurídica común. En efecto, según Strauss (1999: 583) existen acuerdos tácitos y extendidos dentro de la cultura jurídica norteamericana sobre la importancia del texto constitucional. Y el acuerdo es más extendido aun: hay acuerdo respecto de que en algo importan las intenciones de los autores plasmadas en la constitución aunque existe debate sobre que tanto importan (las intenciones para comprender el significado autónomo del texto) y también hay acuerdo en que los precedentes son importantes. En un sentido más concreto, nadie duda, como afirma Strauss (1999: 583) sobre cuáles son los contornos básicos de la primera enmienda o sobre la corrección de *Brown v. Board of Education*.

3. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DESDE EL OBJETO CONSTITUCIÓN

Otra forma de explorar la cuestión es preguntarse directamente por los conceptos de Constitución. Un ejemplo de esta perspectiva es la propuesta de Paolo Comanducci quien ha

Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p.2-10, mai/ago 2019 ISSN 2318-8650

desarrollado la cuestión de la interpretación constitucional no desde una Teoría Constitucional sino desde el objeto constitución. Esta estrategia se sostiene en el siguiente diagnóstico:

...[B]uena parte de las discusiones actuales sobre la interpretación constitucional proceden de una configuración no compartida del objeto ‘constitución’ que, a su vez, deriva de opciones previas metodológicas e ideológicas. En consecuencia, solo un análisis que arranque de una construcción previa de esos modelos de constitución permitirá dar cuenta, de modo articulado, de las diferentes respuestas a la cuestión sobre la especificidad de la interpretación constitucional. (Comanducci, 2010: 116).

Comanducci propone cuatro modelos de constitución vigentes a partir del s. XVIII.⁴ Se trata de meta-modelos dentro de los cuales caben distintos conceptos de constitución. Lo que distingue a un meta-modelo de otro son determinadas características generales y lo que hace posible distinguir dentro de cada meta-modelo conceptos distintos de constitución son las determinadas funciones que se le atribuyen a un concepto concreto de constitución (Comanducci, 2010: 116 - 117). Luego Comanducci a efectos de tratar la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional afirma:

Daré por supuesto que la especificidad de la interpretación constitucional, si existe, depende: a) del modelo de constitución adoptado; b) de los sujetos que producen o interpretan la constitución; c) de las técnicas de interpretación que se empleen, y d) de los problemas de interpretación.

La primera intuición de Comanducci se refiere a la relación objeto constitución e interpretación constitucional. La tesis es la siguiente:

⁴Posteriores a la revolución americana y francesa (Comanducci, 2010:117).

...[L]a configuración del objeto llamado “constitucional” sirve principalmente para determinar qué deba entenderse por interpretación de la constitución y no al revés. En otras palabras, sostengo que la interpretación está en función de la configuración del objeto “constitución”⁵.

La tesis, según afirma el propio Comanducci bien puede considerarse banal, y entonces, obvia, trivial o poco original. Sin embargo, la tesis no resulta obvia y da pie para discutir la relación entre teoría constitucional e interpretación constitucional. En efecto, según Comanducci al menos en parte, la confusión y desvaríoque provoca el tema de la interpretación constitucional se debe a que los autores tienen concepciones previas de carácter metodológico e ideológico sobre el concepto “constitución”.

El punto de partida de Comanducci es la interpretación constitucional y su pretensión es que aclarando el ‘objeto constitución’ se puede echar luz sobre el problema de la interpretación constitucional. Lo interesante, no es detallar cada modelo sino el hecho de que Comanducci da cuenta de su objetivo. En efecto, a partir de ciertos meta-modelos es capaz de mostrar diversos sentidos de la interpretación constitucional (Comanducci, 2010: 128). Lo que queda pendiente es si los modelos tienen existencia real o teórica. Lo que quiero decir es que aunque la perspectiva de los modelos es atractiva teóricamente, tengo dudas de si es útil a los juristas. En este sentido, Guastinni ha usado el concepto de constitución como texto normativo caracterizándolo a partir de su propio nombre, contenido, procedimiento de formación, destinatarios y su posición superior dentro del sistema (Guastini, 2007). Esta conceptualización tiene la ventaja (por sobre la de Comanducci) de que responde de mejor modo, a lo que los juristas y ciudadanos llaman constitución y entonces puede ser un mejor punto de partida para una Teoría de la Constitución propia del Derecho Continental.

4 CONCLUSIONES

La primera conclusión es que pese al atractivo e influencia de la literatura jurídica norteamericana, no es posible trasplantar sin más al Derecho Continental su TC. De esta

⁵*Ibid*, p. 116.

perspectiva, un punto interesante es el reconocimiento de aspectos de la cultura jurídica que son asumidos por ambas teorías en disputa. En este sentido, en el Derecho Continental, es posible también recurrir a los aspectos comunes de nuestra cultura jurídica para desarrollar una TC que responda satisfactoriamente a las múltiples preguntas que plantea el concepto de Constitución y su interpretación. Por otra parte, parece interesante mostrar que la discusión norteamericana tiene un fuerte aspecto local. Me parece que esta perspectiva, lejos de ser un problema es una ventaja. Por el contrario, la forma de abordar la cuestión en Comanducci es más bien teórica. Así, me parece que la elaboración de meta-modelos olvida una idea alternativa de constitución (la propuesta por Guastini) que en su simpleza parece estar en un mejor pie para desarrollar un TC. En efecto, una lección del enfoque de la TC norteamericana es que sus Teorías Constitucionales parten de intuiciones compartidas sobre que es una constitución (el texto, sus enmiendas y precedentes) y esas intuiciones básicas y compartidas me parece, se ven reflejadas en la caracterización guastiniana de Constitución.

V Bibliografía

Comanducci, Paolo (2010). *Hacia una teoría analítica del derecho*. Ed. Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, Madrid. 30 pp.

Dworkin, Ronald (2008). *El imperio de la justicia*. Gedisa.

Fallon, Richard (1999). *How to choose a Constitutional Theory*. *California Law Review* 87 (3), 537-579. 42 pp.

Greene, Jamal (2011). *How constitutional theory matters*. *Ohio State law Journal* 72 (6), 1183-1200. 17 pp.

Guastini, Riccardo (2007). *Sobre el concepto de constitución*. En *Teoría del Neoconstitucionalismo* (M. Carbonell Ed.).

Strauss, David (1999). What is Constitutional Theory. *California Law Review* 87 (3), 581-592.12 pp.

Submetido: 08.09.2019

Aceito: 22.10.2019