

José Calvo González

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LITERATURA



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LITERATURA

José Calvo González

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LITERATURA



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Colección «Derecho, Cine y Literatura»

Carlos Ramos Núñez (dir.)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
© CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima
Teléfono: (01)440-3589 · Anexo 103
Correo electrónico: cec@tc.gob.pe
Primera edición: mayo de 2016

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LITERATURA
© José Calvo González

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2016-05808
ISBN: 978-612-46954-5-2

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú
Tiraje: 500 ejemplares

Impresión: Servicios Gráficos JMD S.R.L.
Av. José Gálvez núm. 1549
Lince · Lima
Mayo de 2016

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidente

Manuel Miranda Canales

Vicepresidenta

Marianella Ledesma Narváez

Magistrados

Óscar Urviola Hani

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Carlos Ramos Núñez

CONTENIDO

<i>Presentación</i>	11
JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LITERATURA	21
<i>Apéndice: Constitutional Law en clave de Teoría Literaria: una Guía de Campo para el estudio</i>	81

PRESENTACIÓN

CARLOS RAMOS NÚÑEZ*

De entre los numerosos y significativos aportes que José Calvo González, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga, ha dedicado al tema apasionante de la teoría literaria del Derecho, o como prefiere decir, en la cultura literaria del Derecho, debe ponerse de relieve, dada su envergadura y capacidad esclarecedora, la variante *Derecho ‘con’ Literatura*, la misma que ha sumado al esquema de intersecciones ya conocidas *Derecho ‘en’ Literatura* y *Derecho ‘como’ Literatura*. Marco discursivo de fronteras flexibles y amplificadas con el que se delimita, si ese es el caso, el conjunto de las investigaciones que, desde diversas perspectivas y con desigual fortuna, se dedican a reflexionar sobre la naturaleza de las relaciones entre el fenómeno literario y el fenómeno jurídico.¹

11

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú y Director General del Centro de Estudios Constitucionales.

¹ El dinamismo de los debates sobre este tema debe mucho a la lectura de un incitador ensayo de Marí (publicado en *Doxa*, 21-II, 1998), ahora ya clásico, en Latinoamérica por lo menos, para quienes afrontan en su agenda de investigación la relación Derecho-Literatura, y en el que se impone indagar sobre un probable “puente” entre ambos campos discursivos. Este propósito lo lleva a dialogar, fecunda y críticamente, por un lado, con una tradición científica,

La imbricación entre el Derecho y la Literatura instaaura una perspectiva de límites imprevisibles. A la del *Derecho* ‘en *Literatura* José Calvo la califica de interacción ‘instrumental’. El *Derecho* ‘como’ *Literatura* se manifestaría en la suerte de unidad interpretativa entre ambos, sustentada en una propensión ficcional y narrativa compartida, y que debería ser premisa –y promesa– de su legibilidad (a la que Calvo se refiere como una interacción ‘estructural’). A estas modalidades de confluencia, que gozan ya de cierta unanimidad en la comunidad académica, el profesor malagueño añade otra: el *Derecho* ‘con’ *Literatura*; que se definiría por “la apropiación de la Literatura por el Derecho mediante mecanismos de incorporación de cánones de la poética literaria a la jurídica.” Se trataría, en palabras del autor, de una interacción ‘institucional’.

12

Sobre esta base, el autor divide su texto en cinco partes. La primera se dedica a explicitar el propósito al que se ciñe el texto, que pretende –y vaya que lo plasma– analizar, sobre la base de tres entidades fundamentales: texto, lector y escritura, cómo se manifiesta esta vasta fenomenología denominada ‘Justicia constitucional y literatura’. Lo que el autor consigue, a lo largo del texto y fijados estos presupuestos, es una exposición

encarnada en Carnap, que niega totalmente la posibilidad de un encuentro o siquiera vecindad, por no tratarse de ciencias capaces de una discursividad común; y, por otro, con una tradición que se finca, gruesamente, en la “comprensión” del texto, en clara remisión a la hermenéutica gadameriana, obviamente disidente del temperamento positivista, y que allega varias y diversas perspectivas, desde la reticente de Posner hasta la afirmativa y entusiasta de Dworkin, quien cree no solamente en un puente entre el Derecho y la Literatura, sino en una verdadera unidad interpretativa entre ambos.

calidoscópica, rica en matices y lúcidas constataciones, de cómo la Constitución es un cauce discursivo cuya enunciación, vigencia y transformación debe mucho a la literatura y su ímpetu fabulador.

En la segunda, bajo el título *Constitución ‘con’ Literatura*, a partir de esta intersección por él propuesta y afincándose en concreto en la traducción (adquisición de una forma literaria canónica de la que se vale la codificación y la doctrina jurídico-constitucional), el autor se impone desentrañar cómo es que la traslación de un texto jurídico supone un proceso complejo, que trasciende sus factores lingüísticos y que se inscribe en un espacio de comprensión crítica que es, verdaderamente, una fuente activa para una tradición de intertextualidad. Es por eso que la traducción de textos constitucionales, más que labor de consonancias terminológicas, representa “un mecanismo de producción del Derecho constitucional apropiado de la literatura”. Labor, en verdad, librada al activismo de una comunidad concreta, y a su disposición histórico-cultural e ideológica.

13

Esta labor de traducción –al hilo de lo manifestado por el autor– no se hace de y hacia el vacío; antes bien, se postula en una comunidad cultural competente (lo que Ángel Rama denomina “sujetos letrados”) dispuesta al diálogo constitucional con otra tradición; esta labor es también, y forzosamente, una reescritura², pues siempre habrá una infiltración de sentido en la operación, que supondrá una deriva nueva al texto traducido, y

² *Traduttore, traditore* (traductor, traidor) reza la añeja admonición italiana, que a fin de cuentas define el desvío o exceso de sentido, que no son eventuales sino consustanciales al proceso de traducción.

una posibilidad eventual de reconfiguración jurídica, así como de predominio y poder de quienes intervengan en las gestiones de legislación e interpretación del texto constitucional.

En la tercera parte –*Constitución* ‘como’ *Literatura*– el autor se aboca a examinar la normativa constitucional a la luz de esta variante hermenéutica, que la homologa con la ficción literaria, aunque establece, previamente, una pertinente prevención: la historia de las constituciones (se exceptúa claramente la norteamericana, paradigma del que se vale Dworkin para proponer su teoría interpretativa de la “novela en cadena”) no ofrece un trayecto virtuoso cuya regularidad se acrecienta con intérpretes competentes que garantizan su continuidad. Ese itinerario es más bien irregular y decididamente anfractuoso, pues cada accidentado recodo significa el impulso de una nueva Constitución, que dimite de toda filiación con la anterior y que intenta redefinir un nuevo territorio y un nuevo cauce discursivo. No es difícil asumir que esta figuración es, desde luego, propia de nuestro constitucionalismo histórico, con su generosa cifra –algunos dirán, ingenuamente, versátil– de textos que exhalaban su vocación de continuidad casi a la par de su fenecimiento.³

14

Para José Calvo, cuya reciente visita al Perú resultó abrumadoramente positiva, los *preámbulos* de las constituciones justifican y legitiman la labor del legislador constitucional desde la

³ La cantidad de Constituciones que nos han regido alcanza la cifra de 12; la Constitución Vitalicia de 1826 solo duró dos años, y la de 1856 tuvo una vigencia de cuatro. La simple constatación empírica marca que la vocación de perdurabilidad de estos textos sucumbió ante su concreta fugacidad y contingencia.

propia *autorictas* de la Constitución. Ella es el propio discurso, el horizonte teleológico y el agente legitimador. No existe un ‘más allá’ o realidad convocante o apelante, a la cual la Constitución deba remitirse. Ella es la que, en un solo acto demiúrgico-normativo, edifica la realidad, sus límites y los presupuestos de su cambio.

Por nuestra parte, certificamos en el texto un metódico y potente desmontaje de las concepciones naturalista y positivista de las constituciones, pues se las despoja de cualquier tipo de ontología propia o de estructuración lógica y verificable. Cada Constitución sería, a la vez, por su estatuto ficcional, el impulso fundante, el grado cero de la realidad que funda su escritura y el fin, que no tiene la calidad de diferido, sino de consecución permanente. El lugar que ocupa el destinatario en este relato no está fuera del texto, está inscrito también allí⁴, y a esa regencia queda circunscrito. En ese tiempo y lugar que se instauran –los límites de esa nueva realidad– el único vestigio de lo pasado sería, como bien apunta el autor, las normas transitorias, que en sí portan el decreto inequívoco de su cese.

15

Como posibles modalidades tópicas de la variante denominada *Constitución ‘en’ la Literatura* –cuarta parte del texto–, el autor analiza *el testimonio constitucional de un novelista, una novela de ficción constitucional y la ficción de un constitucionalista*, a

⁴ En lo que toca al Preámbulo de nuestra vigente Constitución, cuya brevedad no le escatima ese carácter fictivo, el destinatario figura como el gran requirente: “El Congreso Constituyente Democrático [...], *obedeciendo el mandato del pueblo peruano [...]*” (resaltado añadido).

efectos de ejemplificar cómo la Literatura ha reflexionado o refractado temáticamente el fenómeno de lo constitucional.

En lo que concierne a la primera modalidad, el autor da cuenta de la confluencia —en un momento muy tenso— de las vidas de Hans Kelsen y Robert Musil, constitucionalista capital el primero, escritor extraordinario el segundo, autor obstinado de la monumental novela *El hombre sin atributos*; austriacos ambos. Musil siguió muy de cerca, al parecer, las vicisitudes de Kelsen en su carrera como magistrado del Tribunal Constitucional austriaco, e hizo patente, a través de anotaciones en su diario personal, la encendida indignación que le produjo el oprobio al que se sometió al jurista, removido de la alta magistratura por razones políticas subalternas. Esta tesisura es aprovechada por Calvo para reflexionar sobre una caricatura de esos años que mostraba, con la fulminante mordacidad que le es propia, a Kelsen frente a la puerta del Tribunal Constitucional e impedido de ingresar por un vigilante. La razón que esgrime es la del imperio de la ley que le prohíbe al insigne jurista el ejercicio jurisdiccional. Episodio este muy elocuente por la paradoja monumental que revela: el guardián de la Constitución impedido de ejercer esta función por el guardián de la ley ordinaria (o política). Dada la enorme fuerza simbólica de la imagen constituía, a nuestro juicio, obligada contraportada para este libro.

16

En cuanto a la segunda modalidad, una narración cuya ficción es la Constitución, el autor somete a indagación una novela del escritor italiano fallecido en Lisboa Antonio Tabucchi, *La cabeza perdida de Damasceno Monteiro*, cuya trama (un detenido asesinado por un oficial de la Policía, por causa de la tortura, la justificación del crimen por la obediencia debida y los episodios legales del caso),

insta a reflexionar sobre cómo, en el aparente cumplimiento de un deber que le asigna la Constitución, el defensor de la legalidad termina vulnerando gravemente derechos fundamentales como la integridad física, la presunción de inocencia y el debido proceso, entre otros.

La tercera modalidad, *cómo un constitucionalista crea una ficción*, se asienta sobre el uso de la heteronimia⁵ para someter a estudio un texto que se publicó en Alemania en homenaje a un jurista, Friedrich Gottlob Nagelmann, el año 1984. La pesquisa crítica reveló que el jurista era un invento, pero la fabulación no solo se circunscribió al autor; se extendió a los promotores y coordinadores de la edición, a los colaboradores del tributo así como a los temas que estudiaron, y que se plantearon como lúcidas glosas de los supuestos aportes y reflexiones del jurista. La heteronimia enfatiza la versatilidad performativa, pero también el yo que idea y proyecta esas formas: nominaciones diversas de ese yo creador. Nagelmann y sus hermeneutas —como concluye el autor— no son sino el jurista constitucional alemán, ese yo genérico, formado en la tradición romano-germánica del derecho.

17

Finalmente, el autor, en la quinta parte, da cuenta de las posibilidades de reflexionar sobre la Justicia constitucional a través de la ficción; en concreto desde la fábula, con motivo de un texto de índole satírica del escritor brasileño Alfonso Henriques de Lima Barreto, *Os bruzundangas*; y desde la parábola, a través

⁵ Mecanismo utilizado sobre todo por el gran poeta portugués Fernando Pessoa para escribir su valiosa obra a través de la creación de diversas identidades, que facturaban estilos distintos de poetizar: el vanguardista Álvaro de Campos, el filosófico Alberto Caeiro, el clasicista Ricardo Reis.

de un texto canónico –e inclasificable– del genial Borges, *Pierre Menard, autor del Quijote*. Por la primera, llega a la conclusión de que la ‘Constitución imaginada’ en el texto del brasileño⁶, con sus disposiciones cuestionables, progresistas, discrecionales o hiperbólicas, no difiere mucho de la ‘Constitución real’. Por la segunda, propone que Pierre Menard es el paradigma de un magistrado constitucional; ello porque la labor de Menard no es ofrecer una versión más –suerte de deriva condenada a la mediocridad y la grisura– de *El Quijote*, sino una que, si bien fiel a la literalidad del texto de Cervantes, sea totalmente nueva. La labor de un juez constitucional, en un plano homologante, sería la de interpretar la Constitución, en su condición de lectores privilegiados, sin que se desvirtúe su ya sancionado dispositivo normativo, pero a la vez dotándolo de significados transformadores, en consonancia con los tiempos.

Este libro se resiste al censo de los eficaces divulgadores de una novedad doctrinal, suerte de medianería intelectual que halla regusto en las posturas miméticas y acríticas; por el con-

⁶ Similar propósito advertimos en el texto satírico “El Proyecto de la Constitución del Murciélagos” del escritor peruano Manuel Atanasio Fuentes (1820-1889), y que fuera publicado en su periódico *El Murciélagos* el año 1868. El tono caricatural y corrosivo en el que está escrito este proyecto, condicionado por el apogeo de los caudillismos militares, las crisis sociales y la virulencia de la época, puede verificarse en estos artículos, a la sazón los primeros: “Artículo 1º La susodicha Nación es la reunión de todos los hombres que han perdido el seso y que se han propuesto vivir en un estado de movimiento perpetuo. 2º La Nación es libre y feliz por la unión de los nacionales que viven en una guerra civil permanente y continua [...]. TÍTULO II/De la Religión/4º La Nación profesa la religión católica, apostólica, criolla y ofrece coronas de alfalfa al que diga que debe haber libertad de conciencia”.

trario, su temple teórico, en el que se trasfunde la rigurosidad del investigador y la pulsión del erudito, está al servicio de un propósito (el más importante, creemos, entre varios) que tiene efectos revulsivos en la manera como se sitúa el lector del texto constitucional y, sobre todo, como lo interpreta (labor que articula a operadores y jueces).⁷

Su disposición claramente desmitificadora de la aparente indemnidad de la Constitución, así como su persuasiva ejemplificación, provocan un descentramiento en la aptitud usual del intérprete constitucional. No obstante, saber que la gran norma sobre la que se edifica la sociedad es, sobre todas las cosas, una ficción que se autoestatuye en el acto de su producción dis-

⁷ La bibliografía de José Calvo sobre el campo específico de la teoría literaria del derecho (es también un reconocido filósofo del derecho) es significativa, no solo por la cantidad, sino sobre todo por la calidad de sus aportes. Un censo apretado e inevitablemente injusto de esta producción debiera incluir, entre otros, los siguientes libros: *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Madrid: Edit. Tecnos, 1993; *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel, 1996; *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga: Editorial Ágora, 1996; *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho* (José Calvo González, dir.), Granada: Edit. Comares, 2008; *El Alma y la Ley. Tolstói entre juristas. España 1890-1928*, Sevilla-Zamora: Editorial Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2010; *El escudo de Perseo. La cultura literaria del Derecho*, Granada: Edit. Comares, 2012; *Direito curvo*, trad. de André Karam Trindade, Luis Rosenfield y Dino del Pino, Posfácio de Lenio Luiz Streck, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2013; *Derecho y Literatura hispánica* (José Calvo González, coord.) [Monográfico], Studi ispanici, XXXIX, 2014, Pisa/Roma: Fabrizio Serra Editore; *De la Ley. ¿O será ficción?*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons (Col. Derecho y Literatura), 2016.

cursiva, antes que desvirtuar esa posición fictiva, lo que hace es comprenderla más esencialmente y mejor. Con el desprejuicio que es prerrogativa de la lucidez y condición de un saber más integral. Y reparar, al cabo, en la densa implicación del Derecho con la Literatura, que anida en la edificación de nuestra más importante normativa; porque, como lo entendió Warat, la Literatura reconstruye los lugares del sentido, que en el Derecho están dominados por el (muchas veces superfluo) sentido común.

Este libro pequeño pero notable, como suele ocurrir con las mejores contribuciones, incrementa, con brillo, la Colección “Derecho, Cine y Literatura”, creada por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, para dar cuenta de los diversos estudios e investigaciones cuyo objeto es reflexionar sobre cómo se emparentan estos discursos con el derecho, y cómo reconfiguran la comprensión del fenómeno jurídico. Nuestro agradecimiento al doctor José Calvo González por privilegiarnos con la publicación de su investigación –que lo expresamos fervorosamente– no es, desde luego, proporcional a la sugestión y goce que le debemos a sus palabras.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LITERATURA*

* Texto de la conferencia pronunciada el 16 de febrero de 2016 en el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú (Lima).

*La única forma posible de mi destino
es una forma literaria*

Jorge Luis Borges (1978)¹

Sumario: 1.- *Propósito.* 2.- *Constitución 'con' Literatura.* Traducciones 3.- *Constitución 'como' Literatura.* Ficciones y narraciones. 4.- *Constitución 'en' la Literatura.* El testimonio constitucional de un novelista, una novela de ficción constitucional y la ficción genuina de un constitucionalista. 5.- *La Justicia constitucional desde la ficción: entre fábula y parábola.*

23

1.- Propósito

Entre quienes estén familiarizados con la Física y Matemática no resultará desconocido el nombre de Christian Andreas Doppler (1803-1855). A este físico y matemático austriaco se debe la formulación en 1842 de una teoría sobre el fenómeno de la propagación acústica; el sonido lo hace mediante ondas y su variable percepción de intensidad, tono y timbre —ligada a

¹ Marcos Ricardo Barnatán, *Borges*, Barcelona: Barcanova (Col. El Autor y su Obra. 29), 1984, pp. 91-92.

frecuencias altas o bajas— depende de la proximidad o cercanía del observador a la fuente sonora; es, así, lo conocido como *efecto Doppler*. Sus aplicaciones han sido múltiples y no sólo funcionales al sonido, como se infiere de las ondas magnéticas en el sistema de radar y, más adelante, han internado el campo de la astrofísica, pues en lo enunciado por Doppler era ya posible colegir —como hiciera Einstein en su geometría espacio-tiempo— la naturaleza expansiva del universo. No será necesario, sin embargo, transportarnos a las galaxias; mi propósito es más terrestre, y para explicarlo, todavía auxiliándome de la observación de aquel ilustre físico-matemático, bastará con acudir a la imagen del efecto producido por la caída de una piedra en un estanque: advertiremos que a partir del punto en que se sumerge aparecen en la superficie sucesivos frentes de ondas circulares; círculos concéntricos de un radio cada vez mayor que, al cabo, se extienden —se propagan ondulatoriamente— a todo el área del agua.

Mi propósito es muy semejante; el guijarro que arrojé al lago '*Derecho y Literatura*' se llama '*Justicia constitucional y literatura*' y, en adelante, describiré el *continuum* que desde ese foco puntual en que inmerge se genera y traslada, de onda en onda, por toda su superficie. Se trata, por tanto, de ondas circulares de tipo bidimensional, llamadas de ese modo porque se propagan en cualquiera de las direcciones de un plano. Para la medición de tales ondas, que periódicamente van desplazándose a lo ancho y largo del plano *Derecho y Literatura*, emplearé tres parámetros fundamentales: *texto*, *lector* y *escritura*. O expresado en otras palabras; *Texto*, *Lector* y *Escritura* son factores diferenciales de la ecuación de onda *Justicia constitucional y literatura* que en su elongación ondulatoria definen sus crestas y sus valles. Así, pues, *Texto*, *Lector* y *Escritura* representan los factores básicos del

álgebra *Derecho y Literatura* que, a lo último, también trataré de despejar para la ecuación *Justicia constitucional y literatura*.

2.- Constitución ‘con’ Literatura. Traducciones

Hace algunos años introduje en el esquema de intersecciones *Derecho y Literatura* una variante a la que llamé *Derecho ‘con’ Literatura*.² Este añadido pretendía poner de manifiesto la existencia, amén de *Derecho ‘en’ Literatura* y *Derecho ‘como’ Literatura*, que respectivamente calificaba de interacciones instrumental y estructural, asimismo de otra posible, que probé a designar como *institucional*. Quería con ello dar entrada a una reflexión en la que se tomara conciencia del importante fenómeno de la apropiación de la Literatura por el Derecho mediante mecanismos de incorporación de cánones de la poética literaria a la jurídica. A mi juicio, esos mecanismos operaban *con* traslación (transporte) o *con* transcripción (reproducción) de prácticas institucionales de

25

² José Calvo González, “Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional” (2007), en Id. (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho* (dir.), Granada: Edit. Comares, 2008, pp. 3-27. También en *Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros*, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, III (2009) [monográfico *Direito & Literatura*, Paulo Ferreira da Cunha (coord.)], pp. 6-24, así como en *Revista Peruana de Derecho y Literatura* (Lima), 5 (2010), pp. 23-49. Asimismo en José Calvo González, *El escudo de Perseo. La cultura literaria del Derecho. Estudios interdisciplinares*, Granada: Edit. Comares, 2012, pp. 297-321, y en *Derecho y Literatura. Textos y contextos*, Jorge Roggero (ed.), Buenos Aires: Editorial Eudeba, 2015, pp. 171-194. Igualmente como “Teoría Literaria del Derecho. Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional”, en *Enciclopedia de Filosofía del Derecho y Teoría jurídica*, Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (coords.), México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Vol. I, 2014 (cap. 19), pp. 695-736.

la Literatura a la textualización jurídica en tres niveles: *relectura*, *reescritura* y *oralización* del Derecho.

Este recordatorio hace ahora al caso para extender uno de aquellos niveles, en concreto el de *reescritura*, al ámbito jurídico-constitucional, y que a partir de la idea de *traducción* ya tuve oportunidad de plantear en el marco de la práctica jurisdiccional. Si entonces hable de *jurisdictio como traducción*,³ ésta, la *traducción*, igualmente se alista entre las formas canónicas literarias de las que, *con* traslación y/o *con* transcripción, se sirve la codificación y doctrina jurídico-constitucional. En la Constitución y su derecho científico existe, a mi juicio, una amplia *fenomenología de traducción*, cuyos perfiles son, a menudo, muy poco percibidos, a veces, entre otros motivos, simplemente, por permanecer desatendidos entre los investigadores. Es cierto que los estudiosos de la Filosofía jurídica, o la Historia del derecho, se ocupan de rescatar los influjos de pensamiento y cultura constitucional, o de específica importación de algunas instituciones, que durante el proceso constituyente pudieron estar presentes en la elaboración un determinado texto. Esa reconstrucción de la *recepción* es conocida; menos, sin embargo, los mecanismos con que se llevó a cabo. No se atiende, en efecto, o sólo en una mínima medida, al hecho de que en el resultado de la misma, la *recepción* –*traducción*– en un *texto meta* del texto de salida –*texto origen*–, interactuó una categoría *privilegiada* de lectores,

³ “Jurisdictio como traducción”, *Revista del Poder Judicial* (Madrid) 39 (septiembre 1995), pp. 381-387. Asimismo José Calvo González, *Derecho y Narración. Materiales para una teoría narrativista del Derecho*, Barcelona: Edit. Ariel, 1996 pp. 105-118. También, ver. francesa, «Jurisdictio comme traduction», *EUDIKIA. Revue du Centre International de Philosophie et de Théorie du Droit* (Athènes), 5-6 (1999), pp. 115-123.

tal que la del *traductor* como *lector privilegiado*. En este sentido, es importante, además, reparar en que la *traducción*, junto a un hecho lingüístico, es también un evento extralingüístico; o lo que es igual, ninguna traducción se produce en un *vacío* de sentido de lenguaje, como tampoco en un *vacío* histórico, social, cultural e ideológico. Así, los problemas de relevancia⁴ de la traducción en el campo del Derecho afectan tanto a procesos de episteme comunicativa, como a otros procesos cognitivos íntimamente relacionados con la Historia, la Sociedad, la Cultura y la Ideología del sistema jurídico.

Se abre, pues, un vasto panorama de indagación y reflexión a partir de evidencias que tienen en la *traducción* de textos constitucionales, sean jurídico-normativos o científico-jurídicos, un mecanismo de producción del Derecho constitucional apropiado de la Literatura. Tal enfoque *iusliterario* de la *Constitución* 'con' *Literatura*, que encuentra seguramente en el seno del Derecho constitucional comparado su mejor acomodo, aunque no deba éste tutorarla en exclusiva, precisa asumir que la idea de traducción no es sólo herramienta ligada a la superación de barreras lingüísticas y facilitación del intercambio de concordancias terminológicas entre un texto escrito y otro que lo reescribe, sino que es, sobre todo, un concepto hermenéutico y una metodología que apunta al horizonte de comprensión crítica en una tradición de intertextualidad. No creo arriesgado afirmar que las líneas de investigación capaces de profundizar desde esa perspectiva el estudio del Derecho constitucional devendrán en develamientos de áreas relativas al conjunto de fuentes reales de emanación del

⁴ Vid. Dan Sperber y Deirdre Wilson, *La relevancia. Comunicación y procesos cognitivos*, trad. de Eleanor Leonetti, Madrid: Visor, 1994.

ordenamiento constitucional y al peso y efectiva trascendencia de la educación jurídica de constituyentes y ciudadanos, y que hoy soportan una asombrosa omisión, inadvertencia u olvido.

Esta situación caracteriza, desde luego, a España. Salvo raras excepciones, el estudio académico sobre los orígenes del Derecho constitucional parece desde hace tiempo desinteresado por esta clase de orientación científica. Entre aquéllas figura el temprano rescate⁵ del inédito *Suggestions on the Cortes*, de John Allen (1771-1843), que publicado en traducción de Ángel de la Vega Infanzón (1768-1813)⁶ fue *Insinuaciones sobre las Cortes* (1809).⁷

⁵ Véase Manuel Moreno Alonso, “Sugerencias inglesas para unas Cortes españolas” en *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Juan Cano Bueso (ed.), Madrid: Tecnos/Parlamento de Andalucía, 1989, pp. 499-520, y con reproducción del texto en Manuel Moreno Alonso, “Las «Insinuaciones» sobre las Cortes de John Allen”, *Revista de las Cortes Generales* 33 (1994), pp. 238-310. Véase asimismo Joaquín Valera Suanzes-Carpegla, “Modelos constitucionales en las Cortes de Cádiz”, en *Las revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español*, François-Xavier Guerra (ed.), Madrid: Editorial Complutense, 1995, pp. 243-268, en esp. p. 249.

⁶ La atribuye a éste José María Blanco-Witthe (1808-1824) en el periódico londinense *El Español* (diciembre 1813. Parte III), que la reedita parcialmente como “Algunos pasajes [sic] del papel intitulado *Insinuaciones sobre las Cortes*. Traducido del inglés por don A. A. de la Vega Infanzón y repartido en España en 1809”, pp. 393 y 415-425. Véase también Francisco Tomás y Valiente, “Las Cortes de España en 1809, según un folleto bilingüe cuya autoría hay que atribuir a un triángulo compuesto por un lord inglés, un ilustrado español y un joven médico llamado John Allen”, *Initium: Revista catalana d’historia del dret* 1 [Mongráfico ‘Estat, dret i societat al segle 18: homenatge al Professor Josep M. Gay i Escoda’] (1996), pp. 753-815. Sobre Vega Infanzón véase Alicia Laspra Rodríguez, “Andrés Ángel de la Vega Infanzón: un reformista anglófilo”, *Historia constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional* 10 (2009), pp. 45-75.

⁷ *Insinuaciones sobre las Cortes*, London: E. Blackader, 1809.

Igualmente la recuperación del *resumen-traducción* que Pedro Francisco Jiménez de Góngora y Luján (1727-1794), Duque de Almodóvar del Río, llevó a cabo de *Constitution de l'Angleterre ou Etat du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe* (1771),⁸ del ginebrino Jean Louis De Lolme (1740-1806),⁹ a través de la cual se percibe la influencia del modelo inglés en la Constitución gaditana de 1812.¹⁰

⁸ Con traducción a lengua inglesa desde 1776.

⁹ Duque de Almodóvar, *Constitución de Inglaterra*, 'Estudio preliminar: escritura, contexto y memoria de la Constitución de Almodóvar' (pp. XV-CXXVIII) transcrip. e índices de Jesús Vallejo [Fernández de la Reguera], Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, 2000. Con anterioridad, Jesús Vallejo, "La memoria esquivada del Duque de Almodóvar. Lectura de su Constitución de Inglaterra (1785)", en *Il modello costituzionale inglese e la sua ricezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, Atti del Seminario internazionale di studi in Memoria di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 14-16 novembre 1996), Andrea Romano (ed.), Milano: Giuffrè, 1998, pp. 453-505. Véase también, respecto de la edición de 1847 traducida por 'J. A.', Jean Louis De Lolme, *Constitución de Inglaterra*, estudio ('Introducción', pp. 11-85) y crítica de Bartolomé Clavero Salvador, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, parvo en noticia sobre su circulación en España. Sería ésta, por tanto, la 2ª trad. -3ª, en realidad, desde la de 1812 en Cádiz- vertida al español de la obra del suizo, correspondiendo la primera (*Constitución de Inglaterra ó descripción del gobierno inglés comparado con el democrático, y con las otras monarquías*, Oviedo: En la Oficina de Pedregal, 1812) a Juan de la Dehesa, catedrático de Derecho español en Alcalá de Henares, por la 4ª inglesa del autor.

¹⁰ Véase José M. Portillo Valdés, «C'era una «ancient constitution» spagnola? Il dibattito sul modello inglese in Spagna 1808-1812», y Santos M. Corona González, "La recepción del modelo constitucional inglés como defensa de la constitución histórica propia (1761-1810)", ambos en *Il modello costituzionale inglese*, cit, respect. pp. 545-585 y 615-643, así como Francisco Tomás y Valiente, *Génesis de la Constitución de 1812* [1995], con est. prel. y ed. de María Lorente, Pamplona: Urgoiti Editores, 2011, pp. 19-24, y Joaquín

El texto ‘versionado’, que originalmente figuró como *Apéndice* al libro tercero, v. segundo, de la *Historia de los establecimientos ultramarinos de las naciones europeas*, de Guillaume Thomas François Raynal (1713-1796),¹¹ se alimenta asimismo de otras lecturas como los *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), de William Blackstone (1723-1780).¹² En ese sentido, es destacable el germen nutriente de las mismas, pues ellas “le indujeron a dar cuenta a los lectores españoles de lo que él entendía por ‘constitución de Inglaterra’”.¹³ Ninguna traducción, por

Valera Suanzes-Carpegla, “El debate sobre el sistema británico de gobierno en España durante el primer tercio del siglo XIX”, en *Constitución en España: orígenes y destinos*, José María Inurretegui y José María Portillo (eds.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 79-108.

30

¹¹ Madrid: Antonio de Sancha, 1785.

¹² Véase Francisco Fernández Segado, *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz: El largo y dificultoso camino previo a su legalización*, Madrid: Dykinson, 2014, pp. 318 y ss. Aunque Blackstone se había leído en lengua española con anterioridad. Al respecto, M.^a Dolores Sáiz, *Historia del periodismo en España. 1. Los orígenes. El siglo XVIII*, Madrid: Alianza Edit., 1983, pp. 94-103 y 192 y ss., sobre la traducción de los *Comentarios* publicada por el periódico madrileño *Espíritu de los mejores diarios literarios que se publican en Europa* (1787-1791) [Hay ed. de E. Varela Hervías, *Espíritu de los mejores diarios literarios que se publican en Europa, Madrid, 1787-1791*, Madrid: Hemeroteca Municipal de Madrid, 1966], propiedad de Cristóbal Caldera. Para noticias sobre éste véase José Simón Díaz, “Documentos referentes a literatos españoles del siglo XVIII”, *Revista de bibliografía nacional* V, 3 (1944), pp. 463-466. Asimismo Ignacio Fernández Sarasola, “La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* 2 [Monográfico sobre “Modelos en la historia constitucional comparada”, Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (dir.)], 2000, pp. 359-466, n. 29.

¹³ Gonzalo Anes y Álvarez de Castrillón “Sobre el concepto de historia constitucional y de constitución histórica española”, en *Veinticinco años de la*

tanto, se produce en el vacío ni, tampoco, cae en él; diré, así, que otro de los *lectores privilegiados* –el primero, en realidad– en su condición de censor de la tarea del Duque, quien la había firmado como ‘Eduardo Malo Luque’, iba de resultar Gaspar Melchor de Jovellanos (1744-1811),¹⁴ a su vez un lector infatigable.¹⁵ Sellaría, finalmente, estas singularidades María Magdalena Fernández de Córdoba (1780-1830), marquesa de Astorga y condesa de Altamira, auténtica prologuista –bajo iniciales D. M. M. P. H.– y traductora¹⁶ de la importante obra en el Cádiz de 1812 *Des Droits et des devoirs du citoyen* (1758),¹⁷ de Gabriel Bonnot de Mably, Abate Mably (1709-1785). Alentada a su lectura desde el cenáculo liberal de su casa en la capital gaditana, al que acudían ‘el

Constitución Española, Gonzalo Anes Álvarez (coord.), Madrid: Real Academia de la Historia, 2006, pp. 81-97, en esp. pp. 87-88.

¹⁴ Véase Silverio Sánchez Corredera, *Jovellanos y el jovellanismo, una perspectiva filosófica: (estudio histórico y filosófico sobre Jovellanos, en la perspectiva del materialismo filosófico, desde la ética, la política y la moral*, Oviedo: Pentalfa Ediciones/Fundación Gustavo Bueno, 2004, p. 153, n. 34.

¹⁵ Remito a mi trabajo “Lacrimae & Luminos. *El delincuente honrado* (1773), de Gaspar Melchor de Jovellanos”, en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación educativa*, 7 (enero 2013), pp. 9-30, en relación a lectura de ‘viejos y nuevos libros’.

¹⁶ Véase Elisa Martín-Valdepeñas Yagüe, Beatriz Sánchez Hita, Irene Castells Oliván y Elena Fernández García, “Una traductora de Malby en le Cádiz de las Cores: La marquesa de Astorga”, *Historia constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional* 10 (2009), pp. 63-136. Apéndice: Transcripción del prólogo de *Derechos y Deberes del Ciudadano* (1812), pp. 115-136. Ahora en ed. exenta Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010. Otra ed. en *Mujeres y constitucionalismo histórico español. Seis estudios*, Irene Castells (coord.), Oviedo: In Itinere Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2014, pp. 125-209.

¹⁷ Cádiz: Imprenta Tormentaria, 1812.

Divino' Agustín de Argüelles Álvarez (1776-1844), Álvaro Flórez Estrada (1765-1853) o el quiteño José Mejía Lequerica (1775-1813), haber finalmente traducido y prologado a Malby en *Derechos y Deberes del Ciudadano*, un texto de primordial influencia a la hora de comprender la génesis del Estado constitucional moderno en España en el período 1813 a 1833,¹⁸ no resulta trivial. Tampoco lo sería en orden a la cultura constitucional peruana, donde la labor de D^a María Magdalena tuvo recepción, sumida casi en el anonimato o muy poco sabida,¹⁹ pues la había leído en Cádiz Mariano Rivero y Besoain (1782-1845), abogado de la Audiencia de los Reyes y diputado arequipeño en aquellas Cortes (1810 y 1813-1814), y la envió a Lima para lectura de su hermano Francisco, quien decidió costear la impresión,²⁰ con Bernardino Ruiz 'Anticiro' (1765-1819), antiguo director de la imprenta del *Mercurio Peruano*, como editor y prologuista²¹ para la segunda

¹⁸ Giovanni Stiffoni, "La fortuna di Gabriel Bonnot de Mably in Spagna tra illuminismo e rivoluzion borghese", *Nuova Rivista Storica* LXXVI (1992), pp. 517-530. Existe una edición posterior en francés, por la que citamos: "La fortune de G. B. de Mably en Espagne entre Lumières et Révolution Bourgeoise", en *Colloque Mably. La politique comme science morale: actes du colloque, 6-8 juin 1991*, Musée de la Révolution française, Château de Vizille, Florence Gauthier y Fernanda Mazzanti (eds.), introd. par Florence Gauthier, Bari: Palomar, 1997, v. II, pp. 263-281, en esp. pp. 279-280. Asimismo el trabajo de Peter Friedemann, "Culture politique et État constitutionnel moderne chez Mably", en *Colloque Mably. La politique comme science morale*, cit. v. II, pp. 77-105.

¹⁹ José Toribio Medina, *La imprenta en Lima (1584-1824)*, Santiago de Chile: Impreso y grabado en casa del Autor, MCMIV, t. I, precisa: "El traductor de la obra de Mably fué la Marquesa de Astorga", cf. [2890], p. 94.

²⁰ *Derechos y Deberes del Ciudadano*: obra traducida del idioma francés al castellano, impresa en Cádiz en 1812, y reimpressa en Lima a costa de D. Francisco Rivero, Lima: Impr. de los Huérfanos, 1812.

²¹ *Derechos y Deberes del Ciudadano*: obra traducida del idioma francés al

reimpresión. En Ecuador también resonó aquella traducción de los *Derechos y Deberes del Ciudadano*, y no sólo por la acogida que le prestó Mejía Lequerica,²² sino también por el propicio interés que suscitaba en círculos liberales y el testimonio de algún proceso de 1819 instruido en la Audiencia de Quito por denuncias de posesión de ejemplares en lengua francesa.²³ Pero, asimismo, la obra de Mably no deberá confundirse con una posible edición quiteña del folleto venezolano titulado *Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano con varias máximas republicanas; y un discurso preliminar, dirigido a los americanos*, impreso en Caracas el año 1811 y (1824 2ª ed.), con reimpresión en Santa Fe de Bogotá en 1813 o en Caracas y Cumaná el año 1824,²⁴ y a menudo atribuido a Juan Picornell (1759-1825), aunque igualmente a otros muchos.²⁵ Con todo, *Derechos y deberes del ciudadano* de Mably

castellano, impresa en Cádiz en 1812 y reimpresa en Lima a costa de D. Francisco Rivero, Lima: Imp. de los Huérfanos: por Bernardino Ruiz, 1813.

²² A la traducción de la Marquesa dedicó José Mejía Lequerica elogios en la gaceta gaditana *Abeja española* (Cádiz: Imprenta Patriótica) 10, ed. de 21.X.1812, p. 78.

²³ Véase Georges Lomné, “Aux origines du republicanisme quitenien (1809-1812): la liberté des Romains”, en *Las independencias hispanoamericanas. Un objeto de historia*, Véronique Hébrard y Geneviève Verdo (éd.), Madrid: Casa de Velázquez, 2013, pp. 49-63. En trad. al español “Quito al compás de la libertad de los Antiguos (1809-1812)”, en *Ecuador y Francia: diálogos científicos y políticos (1735-2013)*, Carlos Espinosa y Georges Lomne (coord.), Quito: FLACSO, Sede Ecuador/Embajada de Francia en Ecuador/Instituto Francés de Estudios Andinos (IFEA), 2013, pp. 97-116, en esp. pp. 108-111.

²⁴ *Derechos del hombre y del ciudadano con varias máximas republicanas; y un discurso preliminar, dirigido a los americanos*. Caracas: Imprenta de Juan Baillio y Cía, 1811. Hay edición en Civitas. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, con present. de Lorenzo Martín Retortillo.

²⁵ Véanse las eruditas precisiones bibliográficas de Pedro Grases, “La Cons-

volvió a ser leído en España, y Argentina, en ediciones de 1820 que seguían la gaditana de D^a María Magdalena.²⁶

No obstante, el más positivo devengo con esta línea de investigación sobre traducciones ligadas al constitucionalismo se localiza, por la muy significativa contribución de lo que en gran parte ya va hecho, en Argentina para el período constitucional sarmientino, dada la preocupación hacia la traducción y difusión de obras extranjeras de temática constitucional dentro de su programa gubernamental de educación ciudadana. Así lo pone claramente de manifiesto un ilustrativo fragmento del *Mensaje* del Presidente de la República Argentina, Domingo Faustino Sarmiento (1811-1888), en la apertura de Sesiones de la Asamblea Legislativa de 1 de mayo de 1874. Allí dice:²⁷

34

La nación europea de que nos vienen lengua, costumbres, leyes o instituciones, perdió al salir de la edad media, hasta la memoria de las organizaciones políticas regulares, aunque imperfectas, que prepararon en otras el sistema representativo de gobierno. Felipe II, la Inquisición y Rosas, que es su cándida ex-

piración de Gual y España y el ideario de la independencia”, en Id., *Escritos selectos*, present. de Arturo Uslar Pietri, pról. de Rafael di Prisco (pp. XIII-LVX), Caracas: Biblioteca Ayacucho, pp. 36-42.

²⁶ Traducida al español por D. M. M. P. H., Madrid: Imprenta de Doña Rosa Sanz, 1820 que sigue la de Cádiz de 1812, y sin indicación de trad. Buenos Aires: Imprenta de Phocion, 1820, que parece la misma.

²⁷ Domingo Faustino Sarmiento, *Obras completas*, San Justo: Universidad Nacional de La Matanza, 2001, v. 51, p. 282. Véase también Carmen Mc Evoy Carreras, “Seríamos excelentes vasallos, y nunca ciudadanos: Prensa republicana y cambio social en Lima (1791-1822)”, en *Sobre el Perú: homenaje a José Agustín de la Puente Candamo*, Margarita Guerra Martinière et al (eds.), Lima: PUCP, 2002, t. II, pp. 825-862, en esp. pp. 839 y 861.

presión en América, no eran antecedentes para introducir entre nosotros la práctica de la libertad, regida por instituciones que no pongan en peligro ni la seguridad y dignidad individual, ni la integridad y decoro nacional. El gobierno es un mecanismo instituido para producir ciertos resultados; y no han de ser manos inexpertas como las nuestras las que hayan de agregarle o suprimirle resortes sin peligro de trastornar el sistema.

Consecuente con esta idea, el gobierno ha favorecido y fomentado la publicación de libros sobre constituciones y educación, que nos familiaricen con la práctica de la República, tal como la que hace la prosperidad de la que hemos adoptado por modelo. El *Manual del Ciudadano para las Escuelas*, Pomeroy, Tiffany, Lieber, como comentadores, han aumentado nuestra escasa colección de tratados de gobierno que ya contaba con el *Federalista*, Curtis, Kent y Story. En educación Horacio Mann, Wickersham y otros traducidos, han propagado nociones sobre la educación popular, que no son comunes todavía aun en Europa. Un Código de leyes de escuelas, ha servido de ilustración o confirmación a las que muchas provincias se han dado, creando rentas para su sostén. Es sensible que Buenos Aires no se encuentre en el número de aquellas.

Los Códigos de Comercio y civil popularizados, ponen a nuestro pueblo en mejores condiciones que otros, para desempeñar las funciones de la ciudadanía a que vamos preparándonos lenta pero seguramente.

Lo tocante a la mención de Francis Lieber (1800-1872) y Joseph Story (1779-1845), Justice of the Supreme Court of the United States,²⁸ remite, respectivamente, a encargos de traduc-

²⁸ Kurt H. Nadelmann, "Joseph Story's Sketch of American Law", *American Journal of Comparative Law* 3 (1954), pp. 3-8.

ción realizados a Juana Paula Manso (1819-1875)²⁹ y José María Cantilo (1840-1891) de algunas de sus obras.^{30 31 32} A ellos se uniría Nicolás Antonio Calvo Díaz (1817-1894) –hermano del ilustre internacionalista Carlos [Eulalio Francisco Valentín] (1822-1906)– formando entre todos un “cuerpo de traductores”³³ que actuaba, diríase, como un auténtico colegio oficializado de traductores, principalmente a impulso de Sarmiento, Presidente en-

²⁹ Véase María Gabriela Mizraje, *Argentinas de Rosas a Perón*, Buenos Aires: Edit. Biblos, 1999, en esp. ‘Juana Paula Manso: la historiografía de puntillas’, pp. 66-70.

³⁰ Francisco Lieber, *Sobre la libertad civil y el propio gobierno. Según resolución de Excmo. Gobierno Nacional*, vertido al castellano por Juana Manso, Buenos Aires: Imprenta Americana, 1869. *On civil liberty and self-governmet*, que contiene las constituciones de Inglaterra, Francia y Estados Unidos, se publicó en 1853. Con posterioridad, asimismo otra traducción como *La libertad civil y el gobierno propio*, corresponde a Florencio González (Paris: Librería de Rosa y Bouret, 1872).

³¹ José Story, *Breve exposición de la Constitución de los Estados Unidos para el uso de las clases superiores de las escuelas comunes*, traducida del inglés por José María Cantilo, Buenos Aires: Imprenta del Siglo, 1863, que además de la Constitución estadounidense también contiene la Constitución de la Nación Argentina de 1853 con las reformas de 1860. La edición original de *The constitutional class Book: being a brief exprositio of the Constitution of the United States: designed for the use of the higher classes in common schools* es de 1834.

³² Véase Kurt H. Nadelmann, “Apropos of Translations (*Federalist*, Kent, Story)”, *American Journal of Comparative Law* 8, 2 (1959), pp. 204-214.

³³ Véase Eduardo Zimmermann, “Translations of the ‘American Model’ in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement” en *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Thomas Duve (ed.), Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, 385-425. Asimismo Id., “Historia Global y Cultura Constitucional: Una nota sobre la traducción y circulación de doctrina jurídica en la Argentina del siglo diecinueve”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Débats, (2014), accesible a través de <http://nuevomundo.revues.org/66772> ; DOI : 10.4000/nuevomundo.66772.

tre 1868 y 1879 y también, sobra decir, renombrado literato por su novela *Facundo o Civilización y barbarie* (1845).³⁴ En esa labor acometerán, asimismo, la de otros textos como los *Commentaries* [Calvo, 1860]³⁵ y *A Familiar exposition of the Constitution of the United States* [Cantilo, 1863],³⁶ de Story; *History of the origin, formation, and adoption of the Constitution of the United States* de George Ticknor Curtis (1812-1894) [Cantilo, 1866]³⁷

³⁴ *Facundo o Civilización y barbarie*, que en absoluto está exenta de posibilidades iusliterarias, en concreto jurídico-penales. Véase Felipe Fucito, *La crisis del Derecho en la Argentina y sus antecedentes literarios. Un enfoque sociológico*, Buenos Aires: Eudeba, 2010, pp. 120-127, Gabriela Paladin, *Hombres de Ley, hombres sin Ley. Cruces entre Derecho y Literatura*, Buenos Aires: Edit. Biblos, 2011, pp. 282-284, y Marga Clavell, *La 'justicia bárbara': Sarmiento y la tragedia del derecho en Facundo*, Buenos Aires: Corregidor, 2015.

³⁵ *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, precedida de una Revista sobre la Historia de las Colonias y de los Estados, antes de la adopción de la Constitución*, Buenos Aires: Reforma pacífica, 1860. Y otras dos: *Comentario sobre la Constitución federal de los Estados Unidos: precedido de una revista sobre la historia de las colonias y de los Estados antes de la adopción de la Constitución*, México: J. S. Ponce de León, 1871, y *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, precedida de una Revista sobre la Historia de las Colonias y de los Estados, antes de la adopción de la Constitución, traducida del Comentario abreviado de J. Story, etc.*, traducido, anotado y comentado con la Constitución argentina, por Nicolás Antonio Calvo, Senador por la provincia de Corrientes desde 1859 hasta la disolución del Congreso en el Paraná, y Diputado por la Capital, desde mayo de 1886, hasta mayo de 1888, Buenos Aires: Imprenta 'La Universidad de J. N. Klingelfuss', 1888, 2 v. (4ª ed.).

³⁶ *Breve exposición de la constitución de los Estados Unidos de América: Traducida del inglés por José María Cantilo. Seguida de la Constitución comentada, también traducida del texto inglés, y de la Constitución reformada de la Nación Argentina*, Buenos Aires: [s.n.], 1863.

³⁷ Jorje Ticknor Curtis, *Historia del orijen, formación y adopción de la Constitución de los Estados Unidos*, traducida del texto [sic] inglés por J. M. Cantilo; con un prólogo por el doctor Don Dalmacio Vélez Sarsfield, Buenos Aires: Imprenta del Siglo, 1866.

o *The Federalist* [Cantilo, 1868].³⁸ Pero, sin duda, correspondió a Calvo el empeño mayor y más prolongado en el tiempo, pues igualmente versionó de Orlando Bump (1841-1884) sus *Decisions* [Calvo, 1886],³⁹ de George Paschal (1812-1878)⁴⁰ *The Constitution of the United States. Defined and Carefully Annotated* [Calvo 1888-1890],⁴¹ o de Luther Stearns Cushing (1803-1856) los *Elements of the law and practice of legislative assemblies in the United States of America* [1886-1887].⁴² Algunos otros traductores vinculados con la administración política sarmientina fueron Luis V. Varela (1845-1911) para John Norton Pomeroy (1828-1885) en un capítulo⁴³ de *An introduction to the Constitutional*

³⁸ *El Federalista. Artículos sobre la constitución de los Estados Unidos escritos en 1789 por Mr. Hamilton, Mr. Madison y Mr. Jay, corregidos por los mismos autores con un apéndice que contiene los artículos de Confederación y la Constitución de los E.U.* Traducción hecha del testo [sic.] inglés por J. M. Cantilo, Buenos Aires: Imprenta del Siglo, 1868.

³⁹ *Decisiones constitucionales de los tribunales federales de Estados Unidos desde 1789, estableciendo la jurisprudencia constitucional, con los artículos relativos de la Constitución argentina, y concordados los textos de ambas constituciones*, por Nicolás Antonio Calvo; conteniendo tres mil interpretaciones judiciales de la Constitución americana, compiladas por Orlando Bump; y traducidas del inglés por el primero, Buenos Aires: Imprenta Librería de Mayo, 1886, 2 v.

⁴⁰ Véase Joaquín V[íctor]. González, "Derecho Constitucional Americano. Las traducciones de Paschal", *La Prensa* (Buenos Aires) ed. de 1.XI.1888. Luego en Id., *Estudios Constitucionales*, Buenos Aires: Ed. La Facultad, 1930, pp. 87-117.

⁴¹ *Digesto de derecho federal. Anotaciones á la Constitución de los Estados Unidos*, por G. W. Paschal, y concordancias con la constitución argentina, tr. del inglés las primeras y comentadas las segundas por N. A. Calvo, Buenos Aires: Litografía y Encuadernación de J. Peuser, 1888-1890, 2 v.

⁴² *Ley parlamentaria americana: elementos de la ley y práctica de las asambleas legislativas en los Estados Unidos de América*, Trad. al español por Nicolás Antonio Calvo. Buenos Aires: Imprenta de Mayo, 1886-1887, 2 v.

⁴³ John Norton Pomeroy, *Poderes ejecutivos del gobierno de los Estados Unidos*:

law of the United-States, obra cuya anunciada traducción íntegra no llegaría a completar, y Adolfo Rawson (1848-1884) que lo fue de William Whiting (1813-1873) en *The war powers of the President* (1862).⁴⁴ Debe, asimismo, mencionarse a Clodomiro Quiroga (1838-1899),⁴⁵ quien además de una versión del tratado de Paschal contemporánea de la de Calvo,⁴⁶ otra vez tradujo los *Comentarios* del Judge Story,⁴⁷ y sobre todo, a Andrew Carnegie (1835-1919) y su *Triumphant Democracy* (1886), para la que en 1888 Sarmiento escribió la introducción.⁴⁸

capítulo extractado [sic.] *de la obra "An introduction to the constitutional law of the United-States"*; traducido por L. V. V., Buenos Aires: Imp., Lit y Fund. de Tipos a Vapor, 1869. "La obra á que pertenece este capítulo, aparecerá íntegra, en breve, pues su traducción está á punto de concluirse.- L. V. V." (p. 3).

39

⁴⁴ William Whiting, *Poderes de Guerra del Presidente bajo la Constitución de los Estados Unidos* Buenos Aires: Imp. Argentina de El Nacional, 1869.

⁴⁵ Véase de éste *Manual del Ciudadano. Texto* [sic.] *sobre el Gobierno. Cuidadosamente anotado con numerosas definiciones y citas explicativas de la Constitución, tomadas de Jueces y Estadistas Americanos, Europeos y Argentinos* [sic.], *y de otras autoridades respetables*, Buenos Aires: Librería Americana de E. Halbach, 1872, y *Gobierno y Derecho Constitucional o sea Un examen sobre el origen y límites de la autoridad gubernativa según la Teoría americana* por Joel Tiffany, Buenos Aires: Imprenta de La Unión, 1874.

⁴⁶ *La constitución de los Estados Unidos / explicada y anotada por Jorge W. Paschal. Precedida de la Declaración de la independencia y la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución de la Nación Argentina*; traducida del inglés de la última edición americana por Clodomiro Quiroga, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1888.

⁴⁷ *Comentarios sobre el conflicto de las leyes*, por José Story; traducción de la octava edición americana por Clodomiro Quiroga, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1891.

⁴⁸ Andrés Carnegie, *La democracia triunfante o sea La Marcha de la República en Cincuenta Años*, traducida del inglés por Clodomiro Quiroga, precedida de una introducción de Domingo F. Sarmiento, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1888.

Pues bien, la predilección que toda esta masa de legislación y doctrina constitucional muestra —y que, en consecuencia, desecha, salvo Suiza, a autores y obras europeos— tiene en la lectura del constitucionalismo de Sarmiento⁴⁹ rasgos *institucionales* de republicanismo, federalismo, presidencialismo y control jurisdiccional de constitucionalidad, inconfundiblemente semejantes al modelado en la *Federal Convention* reunida en Philadelphia en 1787 y, en efecto, *implantado* al proceso constitucional de 1853,

⁴⁹ Véase Domingo F. Sarmiento, *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina* [1853], Est. prel. de Tulio Ortiz, Buenos Aires: La ley, 2004. Asimismo, entre otros, Salvador M. Dana Montana, “Sarmiento constitucionalista”, *Sarmiento. Homenaje en el Quincuagésimo aniversario de su muerte*, Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 1938, pp. 71-77; Héctor P. Lanfranco, “La Cátedra de Historia y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y sus primeros maestros”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho* (Buenos Aires) 63 (1957), pp. 63-81; Carlos Heras, “Sarmiento y la reforma constitucional de 1860”, *Humanidades* (Universidad de La Plata) 37, 3 (1961), pp. 57-88; Juan Faustino Lorente. “Sarmiento constitucionalista”, en *Sarmiento ante la posteridad*, Josefa E. Jorba (ed.), Buenos Aires: Cactus, 1961, pp. 131-147; Félix Weinberg, *Las ideas sociales de Sarmiento*, Buenos Aires: Eudeba, 1988; Enrique de Gandía, “Del constitucionalismo de Cádiz al Constitucionalismo de Sarmiento”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* XII (1984), pp. 253-313 y “Sarmiento, Alberdi y la Constitución de 1853”, en *Investigaciones y Ensayos* (Academia Nacional de la Historia) 39 (1989), pp. 17-49; Alberto Rodríguez Galán, “Sarmiento y la Constitución Histórica”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* XXVII (1989), pp. 117-143; Dardo Pérez Guilhou, *Sarmiento y la Constitución. Sus ideas políticas*, Buenos Aires: Fundación Banco de Crédito Argentino, 1989; Segundo V. Linares Quintana, *El pensamiento constitucional de Sarmiento*, Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Derecho, 1990; Alberto Gerónimo Mosquera, *Sarmiento y la Constitución Nacional*, pról. de Gerardo Ancarola, Buenos Aires: Marymar, 1995.

seguido de las reformas de los años 1860, 1866 y 1898, y en la praxis de su justicia constitucional.⁵⁰

Algo similar sucede en Perú; ya un conjunto de textos constitucionales, inventariado⁵¹ si bien –que conozca– aún no objeto de pormenorizado análisis, se hallaba en la biblioteca del primer Congreso Constituyente a disposición de los diputados para su lectura o consulta, algunos traducidos, como los de Blackstone o De Lolme⁵² y, por tanto, gravitando sobre ellos la *influencia* del constitucionalismo norteamericano. Para el siglo XX ésta, en alguna medida, también habría de cohabitar con la europea a través de, por ejemplo, la presencia de la doctrina científica francesa,

⁵⁰ Véase Ricardo Zorraquín Becú, “La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX”, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires) 4 (1976), pp. 325-359, y Marta M^a Magdalena Huertas, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

⁵¹ Ricardo Aranda [1846-1922] y Manuel Jesús Obín [1843-1905], *Anales Parlamentarios del Perú. Congreso Constituyente 1822-1825*, Imprenta del Estado, Lima, 1895, pp. 121-123. Cit. en Marco Jamanca Vega, “El liberalismo peruano y el impacto de las ideas y de los modelos constitucionales a inicios del siglo XIX”, *Historia Constitucional* 8 (septiembre, 2007), pp. 273-287, en esp. p. 277, y Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia y Derecho: el derecho constitucional frente a la historia*, Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Fondo Editorial, 2008, v. 2, p. 648.

⁵² Véase Edgar Carpio Marcos, “La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional”, *Themis* 32 (1995), pp. 221-230, Domingo García Belaunde, “Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)”, *Pensamiento Constitucional* 4 (1997), pp. 233-244, Marco Jamanca Vega, “El liberalismo peruano y el impacto de las ideas y de los modelos constitucionales a inicios del siglo XX”, *Historia Constitucional* 8 (2007), pp. 273-287.

especialmente en materia de fuentes del derecho constitucional, como sucede por la traducción de Paul Pradier Fodéré (1827-1904) en *Principes généraux de droit, de politique et de législation* (1869) que realizara Manuel Atanasio Fuentes (1820-1889).⁵³ También, en ocasiones, se han referido otras traducciones de autores franceses, por ejemplo, de Adhémar Esmein [Hippolyte Jean Emmanuel Esmein] (1848-1913)⁵⁴ como debidas a Manuel Vicente Villarán Godoy (1873-1958),⁵⁵ presumiblemente de los *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1896),⁵⁶ sin que de este concreto extremo me haya sido obtener comprobación bibliográfica. Me constan, sin embargo, varias desde lengua inglesa, como para las obras de George Burton Adams (1851-1925) y Abbot Lawrence Lowell (1856-1943),⁵⁷ y, asimismo, me

⁵³ *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Paris: Guillaumin et cie., 1869. *Principios generales de derecho, de política y de legislación*, por P. Pradier Fodéré. Tr. por Manuel A. Fuentes, Lima: Impr. del Estado, 1875.

⁵⁴ David Deroussin, “Adhémar Esmein (Jean Paul Hippolyte Emmanuel Esmein) (1848-1913)”, en *Juristas Universales*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, t. III, pp. 561-563 y Jean-Louis Halpérin, “Esmein Jean-Paul-Hippolyte-Emmanuel, dit Adhémar Esmein”, en *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen (dir.), Paris: PUF, 2007, pp. 311-312. Véase también *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*: actes du colloque organisé le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise, Stéphane Pinon et Pierre-Henri Prétot (dir.), Paris: Montchrestien, 2009.

⁵⁵ Véase Domingo García Belaunde, “Doctrina constitucional peruana en el siglo XX”, *Historia Constitucional* 11 (2010), pp. 507-511, en esp. p. 508.

⁵⁶ *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris: L. Larose, 1896 2ª ed. 1899; 4. éd., rev. et augm. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1906, 2 v; 5ª ed. revue par Joseph Barthélemy 1914; 7ª y 8ª éd. revue par Henry Nézard (professeur de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Caen), Paris: Société anonyme de Recueil Sirey, 1927-1928, 2 v.

⁵⁷ Véanse Abbot Lawrence Lowell, *Los gobiernos de Inglaterra, Francia y*

parece que Villarán también se mostró en todo momento más proclive al sistema constitucional estadounidense que al europeo.⁵⁸ Análogo tipo de cohabitación doctrinal norteamericana y europea, y de ésta sobre todo, pero con entendimiento que fluctúa mayormente a favor de la primera, se aprecia al evaluar los caracteres de su recepción en Venezuela.⁵⁹

Esta conclusión parece también extensible al resto de naciones –inabarcable por su número e importancia– de Centro y Sudamérica, naturalmente sin dejar de incorporar a ese balance los matices de la realidad e idiosincrasia cultural a que cada una de ellas corresponda, así como la divulgación de la doctrina constitucional alemana de postguerra (*Ley Fundamental de Bonn*, 1949), y, en las últimas décadas, también española, derivada del proceso de transición política y el retorno a la Democracia (*Constitución Española*, 1978). Pero habrá que decir que tal conclusión, sin dejar de ser acertada, resulta, no obstante, incompleta. Nuevos análisis sobre la *influencia* de la *traducción jurídica* sobre el Derecho público y Constitucional iberoamericano la amplían en términos más exigentes; esto es, de verdadera categoría.

Estados Unidos, Lima: Libr. e Impr. Gil, 1920, y con notas de César A. Ugarte, Lima: Libr. Francesa Científica: Edit. E. Rosay, 1926; George Burton Adams, *Bosquejo histórico de la constitución inglesa: breve resumen de la obra Constitucional*, Lima: Libr. e Impr. Gil, 1935.

⁵⁸ Manuel Vicente Villarán, *El gobierno de los Estados Unidos*, Lima: Casa Edit. E. R. Villarán, 1922.

⁵⁹ Pablo Ruggeri Parra, “Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Elementos de Derecho Constitucional”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas) 24, 10 (1957), pp. 3-20, y 42-64, en esp. pp. 53, 55 y 58-59.

Es en ese sentido que se postula la existencia de una diferente pauta de relación entre las áreas de producción y las zonas de recepción, que ya no habla de *colonización/resistencia*,⁶⁰ sino de *flujos* desde los que se originan apropiaciones literariamente fecundas a pesar de su mala lectura, y de traducciones fronterizas (*border thinking*) –o trasfronterizas– que han generado cambios en la geometría espacial de la recepción constitucional.⁶¹ Algún autor se refiere a ellos casi con una terminología de fluidos –como se ha visto utiliza, en efecto, la palabra ‘flujo’–⁶² interpretando ello como expresión simbólica del ‘diálogo constitucional’. No obstante, pudiera ser que las crecidas –pienso ahora en lo que denominamos neoconstitucionalismo(s)– provoquen desbordamientos, y al tiempo del reflujó quizá mermas no menos sustanciales.

44

La cuestión de fondo de la traducción aplicada al derecho público y constitucional es, desde mi punto de vista, otra y distinta del mayor grado de concentración o fluidez. El riesgo así como la virtud del trasplante de un texto a otro está en la posibilidad de su reescritura y, por tanto, del modo de asimilar una lectura nueva, porque el fenómeno es finalmente el de la deriva textual de uno hacia el otro, y así, en definitiva, de intertextuali-

⁶⁰ Véase Christophe Charle, “Intellectual Transfer and Cultural Resistance”, en *Transnational Intellectual Networks. Forms of Academic Knowledge and the Search for Cultural Identities*, Jürgen Habermas & Peter Wagner (Hrsg.), Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2004, pp. 197-204.

⁶¹ Michele Carducci, “Tradurre, equivocare, copiare nel Diritto pubblico dell’America latina”, *Revista general de Derecho público comparado* 10 (enero 2012). Accesible a través de http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411176.

⁶² Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo: Martins Fontes, 2007 y *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

dad. La simbólica del ‘diálogo constitucional’ es, en mi opinión, la de *infiltración* intertextual. El Derecho –y el constitucional, evidentemente, también– se hace *con* literatura en una comunidad cultural de lectores *instituida* a lo largo de una tradición de diálogo intertextual.⁶³

Mi idea de lo que llamo *tradición* –tanto lectural y como escritural, ya que en reciprocidad una troquela la otra– se apoya reconociblemente en las teorías de Bajtin y Ricoeur, pero remonta a una práctica de estilo literario humanista más antigua: la citación, el sistema –el universo– de citas. La lectura de un texto de 1931 escrito por el austriaco Robert Musil (1880-1942) me ha servido desde siempre como inspiración. Dice:⁶⁴

[...] la cita [...] es algo constitutivo, y no expresa una mera necesidad retórica de adorno. [...] Toda la buena literatura se asemeja a una alberca de citas en que las corrientes no sólo prosiguen aún visibles, sino que se hunden en lo hondo y vuelven a ascender. De aquí que tendrán que surgir relaciones merecedoras de toda atención. Así, probablemente, siempre se podría ‘descomponer’ a cualquier escritor (y desde luego, tanto en lo formal como en lo temático o incluso en el sentido que persigue), y no se encontraría en él otra cosa que a sus predecesores troceados, que de ninguna manera habrían sido digeridos’ por completo y ‘reasimilados’, sino que seguirían contenidos allí en pedazos irregulares. [...] ni el más independiente de los es-

45

⁶³ Remito a mi trabajo *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Barcelona: Edit. Ariel, 1992.

⁶⁴ Robert Musil, “Literato y literatura. Observaciones al margen”. [Septiembre de 1931], en Id., *Ensayos y conferencias*, trad. de José L. Arántegui, Madrid: Visor, 1992, pp. 223 y 224.

críteres produce un solo texto del que no se pueda demostrar que depende, sin que escape casi nada, de los suministros de formas y contenido que haya tomado, los cuales sin embargo no parece que rompan apenas su originalidad [...]: pues es evidente que sólo se puede hablar de originalidad donde haya una tradición.

Son, pues, los textos quienes dialogan entre sí en el acto de *lectoescritura*, del que la traducción es una forma privilegiada. En esa dirección –explícitamente crítica por ‘impura’– el ‘*viaje teórico*’ que una traducción supone como trasplante,⁶⁵ permite su interpretación en la clave metodológica de una hermenéutica de “redes (culturales) de textos, ideas e imaginarios compartidos”, y la simbólica de la influencia –ascendencia– como “conjunto de lecturas” marcadoras del “estilo” en que el receptor se expresa.⁶⁶

Así se ha contemplado, y considero que con buen tino, que además comparto, el sentido de la recepción, a través precisamente de traducciones, que experimentó la *lectoescritura* del Derecho público (y privado) y la reforma constitucional de Colombia,⁶⁷ por ejemplo, con un autor como el maestro León Du-

⁶⁵ Véase Norton J. Horwitz, “Constitutional Transplants”, *Theoretical Inquiries in Law* 10, 2 (2003), pp. 535-560.

⁶⁶ Véase Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, pról. de Duncan Kennedy (pp. XI-XXII), Bogotá: Legis, 2004, pp. 19, 22 y 38-39.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 326-339, Andrés Abel Rodríguez Villabona, “La circulation des modèles juridiques: L’exemple de la réception en Colombie de la doctrine constitutionnelle française du début du vingtième siècle”, *Revista Via Inveniendi et Iudicandi* 9 (Diciembre 2009), pp. 1-56, en esp. pp. 39-49.

guit (1859-1928),⁶⁸ de cuyas obras he sido lector y compartido la oportunidad de escribir algunas páginas.⁶⁹

3.- Constitución ‘como’ Literatura. Ficciones y narraciones

La normativa constitucional es el peor ejemplo de la metáfora *chain novel*. Comenzar con una decepción puede juzgarse un mal augurio, que confío no se cumpla, pero haberlo hecho así me parecía obligado. La legislación constitucional, ciertamente, no ejemplifica la teoría del Derecho como integridad.⁷⁰ Una aproximación *coherentista* a la historia de las constituciones es raramente posible más allá de donde los monumentos constitu-

⁶⁸ Fabrice Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*. Paris: Bruylant, 2011, y Jean-Michel Blanquer et Marc Millet, *L’Invention de l’État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris: Odile Jacob, 2015.

⁶⁹ José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, “Teoría jurídica de Léon Duguit”, *Estudio Preliminar a Léon Duguit, Manual de Derecho Constitucional*, Granada: Edit. Comares, 2005, pp. XIII-L, “Léon Duguit (1859-1928). Jurista de una sociedad en transformación”, *Revista de Derecho Constitucional europeo* 2, 4 (Julio-Diciembre 2005), pp. 483-551, y “Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en Léon Duguit”, *Estudio Preliminar a Léon Duguit, Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, Granada: Edit. Comares, 2007, pp. XI-XXXIX. Véase también José Luis Monereo Pérez, “La soberanía en la Modernidad: León Duguit y la ‘crisis’ de la soberanía”, *Estudio Preliminar a León Duguit, Soberanía y Libertad*, Granada: Edit. Comares, 2011, pp. XXXII y XL, e Ignacio Ara Pinilla, *El fundamento de los límites al poder en la teoría del Derecho de Léon Duguit*, Madrid: Edit. Dykinson, 2006, pp. 144, 186 y 442.

⁷⁰ Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Cambridge. MA: Harvard UP, 1986, p. 229: “In this enterprise a group of novelists writes a novel seriatim; each novelist in the chain interprets the chapter he has been given in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives, and so on”. Existe trad. española de Claudia Ferrari, presentándola como *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988).

cionales han persistido en su vigencia *longa temporis*. Por el contrario, en la *novela de la vida constitucional*, contemplada como relato ordenado de su sucesión temporal, han sido más frecuentes los episodios de convulsiones políticas, alteraciones sociales, revoluciones y guerras, que no han escrito su mejor página en *continuum*, sino interrupciones definitivas de la trama, y muy pocas recuperaciones y aún menos iteraciones, nunca tampoco perfectas. Y lo que sí siempre hubo cada vez fueron *peticiones de relato* –poseen explícitamente esa condición los Preámbulos en los textos constitucionales que, como las exposiciones de motivos en la legislación ordinaria, narrando a manera de prólogo⁷¹ se justifican en su propia narrativa, que no es otra que el relato de la innecesidad de dar cuenta acerca de la indisponibilidad de la soberanía técnica del legislador constitucional. Las constituciones son, pues, narrativas incoativas que sólo excepcionalmente acuden a la analepsis narrativa (*flashback*) para inaugurar constitutivamente el nuevo cauce que ellas mismas abren.

Es por eso que los discursos fijados por la escritura constitucional hablan fundamentalmente de sí mismos, se exteriorizan en su escritura desde sí mismos, en inmanente voluntarismo político, con sistemática autoreferencial y carácter fictivo. Su relato es el de una ficción constituyente; *como si* todo lo anterior ya se hubiera desvanecido por completo, o nunca antes existió; por tanto, con una producción discursiva *de verdad* que consiste en *hacer parecer verdad*, o lo que es igual: un discurso de veridicción y fingimiento

⁷¹ Remito a mi trabajo “Los preámbulos y las exposiciones de motivos como prólogo. Narrativismo y producción legislativa”, en Id., *Derecho y narración*, cit., pp. 73-96.

al propio tiempo. En todo caso, el relato jurídico-constitucional sólo marca breves transiciones con el pasado –las normas transitorias. El relato constitucional es, además, autónomo, y mejor emancipado; se contrae a su propia mítica y es autoadhesivo e interno. En esa firmeza –consistencia– y endogamia busca la afectación del destinatario, cuya disposición es siempre positiva, pues el fundativo ‘*we the People*’⁷² es la misma Constitución como garante de la verdad de su discurso, que oficia como un hacedor (*factor*) colectivo en coincidencia con el principio de la soberanía popular, el *Big bang* primigenio del universo político-axiológico, la *volonté général* de Rousseau,⁷³ que es también otra ficción, cuyo poder constituyente se agota al nacer, lo que, igualmente, es una nueva ficción, que esta vez sólo la *nostalgia civil* es capaz de matizar.⁷⁴

La Constitución es una ficción porque es, simultáneamente, relato y correlato. En realidad, es una ficción creer que el destinatario de la Constitución alguna vez haya estado fuera de ella; la existencia de destinatario constitucional es una ‘ilusión referencial’ o, si se prefiere, un *efecto de sentido* generado desde el propio texto. No existe un mundo extra-lingüístico, escindido del texto, con el que plantear dialéctica interior/exterior. El mundo del texto, del autor y del lector coincide en la génesis del mundo de la Constitución. Y ese mundo del texto es un *lugar* que impregna,

⁷² Bruce Ackerman, *We the People*, Cambridge, MA.: The Belknap Press of Harvard UP, 1991.

⁷³ Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, liv. II, chap. III: «la somme des différences de la volonté de tous».

⁷⁴ Remito a mi pról. “*De la nostalgia civil: la soberanía popular*” a Gianluigi Palombella, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Granada: Edit. Comares, Granada, 2000, pp. XIII-XXIV.

incluso, el tiempo. Más allá de cualquier temporalidad está el *mundo del texto* donde se albergan todos los mundos posibles del texto; el mundo del texto es un espacio tan infinito como eterno; el texto es su imperecedera interpretación fundacional u originaria;⁷⁵ el mundo de la *letra* y el *espíritu* del constituyente histórico. La índole *supraespacial* –*ratione loci*– del texto como también la de su carácter *eterno* –*ratione temporis*– no cabe representarla sino como una ficción mitológica. Lo es, efectivamente, el *como si* de *The Founding fathers* para el imaginario colectivo de la *constitutive story*, que sólo basta con volver a leer para recuperar –reconstituir– el *intent* de su escritura.⁷⁶ Así, historia de la lectura y de la escritura constitucional se completan entre sí, se contienen una en otra, como en un tiempo sin historia, un tiempo mítico, un tiempo fuera del tiempo histórico. Un tiempo de estatuas; una Constitución-estatua.⁷⁷

Las constituciones, por lo demás, no cuentan de un evento leve, que sólo esté de paso, que deba ser pasajero; no nacen las constituciones para la fugacidad, sino para la fijación, para lo

⁷⁵ Véase Pablo Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁷⁶ Remito más por extenso a mi trabajo “Constitutional Law en clave de Teoría literaria: una guía de campo para el estudio” [2009], en *El escudo de Perseo*, cit., pp. 323-332, donde se contienen apartados sobre Derecho & Literatura Constitucional como *top stories*, *fictional canon*, *foundational hypothetical narrative or myth*, *Juricentric Constitution v. Juriperipheral Constitution*, y *Constitutional judicial interpretation: between romantic narrative, fuzzy fiction, and ascetic narrative*. [La presente edición ha incorporado este texto].

⁷⁷ Véase Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución* (1998). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 22.

institucional significativo, constituyente, constitucional, desde donde conjugan un futuro –tiempo de porvenir que aún no ha llegado– en proyectividad a un horizonte de perpetuidad que se divisa desde el propio punto de vista del texto, porque el propio texto es el punto de vista privilegiado de ese horizonte, como una fusión de horizontes anticipada.

La constitución es, en consecuencia, una *máquina de ficción*. Yo prefiero esta concepción a la filosofía de la ‘Constitución natural’⁷⁸ y la de sus herederos naturales. Como *ficción* es un artificio –*ars fictio*– cuyo *telos* ontológico es la hacedora artificialidad (*inventio*) de una arquitectura jurídico-política cimentada en instituciones y estructuras para el control del poder y erigida mediante mecanismos de producción de normas del sistema jurídico e instauración de derechos.⁷⁹

51

La Constitución como artificio hacedor corona con una *gran ficción* en la que descansa la superioridad de su validez normativa. Es la *Grundnorm*, norma fundamental básica, o norma hipotética fundamental que no estando positivada, y por reenvío a otra anterior a través de un interminable escalonamiento de vali-

⁷⁸ Antonio Rosmini, *Filosofía della politica della naturale costituzione della società civile*, Rovereto: Tip. Giorgio Grigoletti, 1887.

⁷⁹ El propósito inherente a toda Constitución es “la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político”, escribe Karl Loewestein, *Teoría de la Constitución* (1959), trad. y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabiarte (1964), Barcelona: Edit. Ariel, 1970 (2ª ed.), p. 151. El fin de esa lucha jurídica, en el sentido iheringiano y esperanzada de su triunfo, es el surgimiento de los derechos.

dez –‘cadena derivativa de juicios de validez’ la llamó Nino–⁸⁰ formado de inúmeros peldaños⁸¹ no puede, pues, sino ser una nor-

⁸⁰ Carlos S. Nino, “Some Confusions surrounding Kelsen’s Concept of Validity”, en *Normativity and Norms. Critical Perspectives in Kelsenian Themes*, Stanley Paulson & Binnie Paulson (eds), Oxford: Oxford UP, 1998, pp. 253-262, en esp. pp. 257-258. Es versión con modificaciones de “Some Confusions Around Kelsen’s Concept of Validity”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 64, 3 (1978), pp. 357-376.

⁸¹ De esa especie de escala que subiera hasta el cielo casi me da por creer que ya hablaron otros antes de Kelsen. Recuerdo un pasaje del *Contrato social* de Rousseau, donde la ‘norma hipotética fundamental’ equivaldría a una *memoria celeste*. En el liv. II, chap. VII (‘Du Législateur): «Pour qu’un peuple naissant put goûter les saines maximes de la politique & suivre les règles fondamentales de la raison d’Etat, il faudrait que l’effet put devenir la cause, que l’esprit social qui doit être l’ouvrage de l’institution présidât à l’institution même, & que les hommes fussent avant les lois ce qu’ils doivent devenir par elles. Ainsi donc le Législateur ne pouvant employer ni la force ni le raisonnement, c’est une nécessité qu’il recoure à une autorité d’un autre ordre, qui puisse entraîner sans violence & persuader sans convaincre.

Voilà ce qui força de tous tems les pères des nations de recourir à l’intervention du ciel & d’honorer les Dieux de leur propre sagesse, afin que les peuples, soumis aux lois de l’Etat comme à celles de la nature, & reconnaissant le même pouvoir dans la formation de l’homme & dans celle de la cité, obéissent avec liberté & portassent docilement le joug de la félicité publique.» El recurso a “la intervención del cielo” como una memoria más allá de la memoria de los hombres, como ‘memoria de los cielos’ que desde lo alto proyecta el canon de validez como fundamento de la obediencia a la autoridad, es una variante del fundamento normativo de la superior autoridad de Dios, a la que la teoría kelseniana se propuso dar alternativa –quizá no tanto disyuntiva– con una ‘memoria de los hombres’ de la que, por haberse perdido memoria, ha de acudirse a una ‘hipótesis cognitiva’. Su proposición, como tal, exhibe un expediente muy común al pensamiento protestante. Hipótesis cognitiva lo fue igualmente la existencia de un ‘estado de naturaleza’ desde el que explicar el ‘estado de sociedad’.

No es menos curioso observar la referencia de Kelsen al episodio de la Tablas de la Ley sobre el Monte Sinaí. “The correct answer is: because you ought to obey

ma *presupuesta* (“a norm presupposed in our juristic thinking”).⁸²

⁸³ Kelsen, temprano lector de *Die Philosophie des Als Ob* (1911) de Hans Vaihinger,⁸⁴ diseñó su *stufentheorie*,⁸⁵ si bien presentando la

the commands of your father. That means: the reason of the validity of the norm issued by the father is not the fact that the father issued the norm, but the norm: a child ought to obey the commands of his father, that is a norm authorizing the father to issue norms prescribing a definite behavior of the child. The reason of the validity of this norm may be considered to be a norm laid down in the Ten Commandments issued by God on the Mount Sinai.” Cf., entre otros lugares, Hans Kelsen, “On the Basic Norm”, *California Law Review* 47, 1 (March 1959), pp. 107-110, en esp. p. 108 [existe trad. de Agustín Squella, “Acerca de la Norma Básica”, *Revista de Ciencias Sociales* (1974), pp. 419-423]. Una norma superior, llegada del cielo, descendiendo de la cima de un alto promontorio que, en mitad del desierto, se alza con el colosalismo de una nueva pirámide.

⁸² Cf. Hans Kelsen, “On the Basic Norm”, *cit.*, pp. 108-109.

⁸³ En similar sentido también Alf Ross o Herbert L. A. Hart. Véase Ricardo Guibourg, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires: Edit. Astrea, 2010 (2ª reimp.), pp. 66-68.

⁸⁴ Hans Kelsen, “Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob”, *Annalen des Philosophie und philosophischen Kriik* I (1919), pp. 630-658. Véase asimismo Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la Norma fundamental* [1994], Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 96-122, Enrique E. Marí, “Hans Kelsen y «el otro Kelsen» frente a las ficciones jurídicas”, en Id., *La teoría de las ficciones*, Eudeba, 2002, cap. XIV § 2, pp. 341-359 [Hay trad. francesa de Julián Rebolledo Génisson, “Hans Kelsen, «l’autre Kelsen» et les ficciones juridiques”, *Incidence* 3 (automne 2007), pp. 87-107]; María José Fariñas Dulce, “Del ficcionalismo al constructivismo en la teoría jurídica de Hans Kelsen”, en *Positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla (eds.), Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006, pp. 109-117, en esp. pp. 112-116, y *Les fictions du droit. Kelsen, lecteur de Vainhinger*, présent. et trad. de Christophe Bourriau (pp. 8-57), Lyon: ENS Éditions, 2013, donde se ofrece ver. francesa del precitado trabajo de Kelsen sobre Vaihinger (pp.59-96), así como (pp. 86-96) del referido en *infra* n. 87.

⁸⁵ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática cien-*

idea de ficción vaihingeriana que soportaba el peso de la *hypotetische Grundnorm* no como tal, o sea, ficción en tanto que hipótesis cognitiva, norma meramente pensada o ‘ideología jurídica’, sino en calidad de ‘hipótesis jurídica’ apriorística o necesaria, definitiva además, cuando tampoco para su mentor debía poseer ese estatus, sino el provisorio, y no será, sin embargo, hasta sus últimos años que, con ocasión de una conferencia en Salzburgo el año 1963 –*La fundamentación de la doctrina del Derecho natural*–⁸⁶ y un pequeño trabajo al siguiente, titulado como *La función de la Constitución*,⁸⁷ Kelsen la reformule en los términos originarios de su fuente; así, pues, como “una auténtica ficción”, es decir, como una ‘ficción jurídica’. La índole de la *Grundnorm* es, por consiguiente, la de una *fingierte Norm*. Y, todavía en añadido, *doble ficción*, según cabe inferir en *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), ya que *finge* que procede de una autoridad superior, que es asimismo *ficción*, y de un acto de voluntad *fingido*, por cuanto inexistente.⁸⁸

La Constitución es, por último, una ficción por ser Derecho. Sólo una mirada estrecha puede vincular la idea ficcional a simulación, engaño o fantasía. La ficcionalización constitu-

tífica del Derecho [1934], present. de Carlos Cossio (pp. 7-15), México: Editora Nacional, 1981 (2ª ed.), pp. 99 y ss. y 108 y ss.

⁸⁶ Hans Kelsen, “Die Grundlage der Naturrechtslehre”, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* 13 (1963), pp. 1-37. (Existe trad. al español de Federico Weber, “La fundamentación de la doctrina del Derecho natural”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* II, 2 (1970), pp. 247-290).

⁸⁷ Hans Kelsen, “Die Funktion der Verfassung”, *Forum* 11, 132 (1964), pp. 583-586, en esp. p. 585.

⁸⁸ Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienne: Manz Verlag, 1979, pp. 206 y 207.

cional, aunque tenga relación con determinadas etapas ideológicas de la gestación del texto, encuentra su momento determinante con *la escritura de su relato*. Es eso lo que, asimismo, le sucede a toda posible escritura jurídica. La ficcionalización a la que me refiero es, por tanto, narratológica, y se asimila a la condición de relato; así, el relato es la condición intra-ficcional del Derecho. Considerada desde la teoría narrativista la Constitución es ficción, es un gigantesco dispositivo ficcional, de trascendentales repercusiones para todo el sistema jurídico-político. La escritura del relato constitucional ficcionaliza la realidad porque la somete a un *ars inventia disponendi*, y así la constituye. Todo jurista sabe bien que su función es, principalmente, confrontar el cosmos fenoménico sumido en constante y caótica efervescencia; en ninguna parte hallamos una ‘realidad’ agregada, enlazada y de compacta sistemática semejante a la que en la *escritura del Derecho* se nos muestra y cuya formulación es, *sensu stricto*, la de una relato que cuando la cuenta la entifica ónticamente, o sea, la crea, la constituye. El relato constitucional, cuyas piezas pueden ser descriptivas –no hay relato sin descripciones, pero hay relato cuando se va más allá de ellas– y que puede también estar hecho de prescripciones deontológicas y técnicas, ficcionaliza la ‘realidad’ porque la relata en un *ordo loci et ordo temporis* de consistencia y coherencia. Sucesión de enlaces y otorgación de la promesa de sentido están concretadas en la escritura narrativa de la Constitución, que es un relato de creación del mundo jurídico-político, un relato, además, portátil; en la Constitución se cuenta y da cuenta de la totalidad del mundo constitucional jurídico-político. El relato constitucional es tan portátil como el relato del *Génesis*, pues en él cupo la creación del Mundo que en adelante fue el Mundo, y tan fundacional como aquél.

Diré ahora, ya para terminar este apartado, que las previsiones constitucionales, por lo general, no recogen cantidad excesiva de institutos narrativos. Algunos, sin embargo, por su especial vínculo a la ‘promesa de sentido’ de la soberanía popular me parecen –no obstante su decepcionante efecto práctico– a todas luces simbólicos. Aludo, en concreto, al Derecho de petición –alegoría jurídica-evangélica del ‘Pedid, y se os dará; buscad, y hallaréis; llamad, y se os abrirá’⁸⁹ que es derecho de participación política de caracterizado abolengo republicano, y, asimismo, de libertad de expresión. Recogido en el art. 29 de la Constitución española (1978)⁹⁰ y en el 2.20 de la Constitución Política del Perú (1993), lo hacen igualmente otras muchas constituciones europeas y del continente americano.⁹¹ Destaco este instrumen-

⁸⁹ Lina María Céspedes Báez, “Pedid y se os dará. El Derecho de petición como técnica de narración de los derechos”, en *Temas de Derecho Administrativo contemporáneo*, Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez (eds.), Bogotá: Centro Editorial Rosarista (Universidad del Rosario), 2005, pp. 40, 48, 53 y 54.

⁹⁰ Véase también STC 242/1993 de 14 de julio de 1993.

⁹¹ Véase Marcel Richard, *Le droit de pétition: une institution transportée du milieu national dans le milieu international. Étude de droit public interne et de droit international public*, Paris: Recueil Sirey, 1932; M^a Carolina Rovira Flórez de Quiñones, “La petición en el constitucionalismo español”, *XIII Jornadas de estudio. Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, v. II, pp. 1827-1839; Isaac Ibáñez García, *Derecho de petición y derecho de queja*, Madrid: Dykinson, 1993; Romano Orru, *La petizione al pubblico potere tra diritto e libertà: evoluzione storica e profili comparatistici*, Torino: G. Giappichelli, 1996; Bartolomeu Colom Pastor, *El derecho de petición*, Madrid: Marcial Pons, 1997; Santiago Álvarez Carreño, *El Derecho de Petición: estudio en los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*, Granada: Edit. Comares, 1999; Francisco González Navarro y José Alenza García, *Derecho de Petición*, Madrid: Edit. Civitas, 2002;

to jurídico por su carácter supletorio respecto de procedimientos formales específicos de derecho parlamentario o administrativo y de vía judicial afectantes a atribuciones de los poderes públicos. Esto significa que la petición, queja o súplica introduce una alternativa al formalismo normativo de aquellas regulaciones procedimentales, y que la narración articula su modo de ejercicio. Este componente pone de relieve, además, otras tres consideraciones de interés que quisiera anotar. Una es, en mi opinión, la *estirpe narrativa de lenguaje común de los derechos*, igualmente detectable todavía hoy en las comunicaciones entre el ciudadano y la institución del *Ombudsman*, ciertamente conducidas desde el primero a través del empleo de un lenguaje natural y formas narrativas sencillas, que también deberían ser pautas del modelo de las respuestas ofrecidas desde aquélla. En consecuencia, y aquí instalo la segunda consideración, se hace evidente que las instituciones constitucionales precisan de *pedagogía narrativa*. Y en tercer lugar, el análisis de la efectivación del derecho de petición y el adecuado funcionamiento de los institutos constitucionales ante los que se ejercita ofrece, por tanto, un amplio –y poco explorado– campo de trabajo interdisciplinario a la colaboración entre juristas y lingüistas, y de manera particular en materia de *narrativismo jurídico*.

Ignacio Fernández Sarasola, “Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del Derecho de petición”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, 65 (2002), pp. 197-216; David Cienfuegos Salgado, *El derecho de petición en México*, pról. de Jesús González Pérez, México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

4.- Constitución 'en' la Literatura. El testimonio constitucional de un novelista, una novela de ficción constitucional y la ficción genuina de un constitucionalista

Delimitar el modo de ocuparse de cómo la Literatura ha reflejado la Constitución parte del hecho de que han existido lectores no juristas de textos jurídico-constitucionales, quienes, además, incorporaron a su escritura literaria alguno de sus temas.

En efecto, la Constitución, muy a diferencia de otros asuntos jurídico-políticos, es algo que por fortuna no parece ajeno a la escritura literaria contemporánea. Es importante subrayarlo, porque en general el mundo del Derecho está cada vez menos presente en nuestra literatura actual. En otros tiempos –un ejemplo emblemático sería el Siglo de Oro– el Derecho afloraba en el teatro, la épica o la poesía con naturalidad. Hoy, sin embargo, no acontece así; tal vez –y es lo que me temo– porque éste se ha alejado cada vez más de la vida, la real o la imaginada, que aquélla –la Literatura– retrataba o ingeniaba. Por fortuna, aún no le sucede del todo al derecho constitucional. Peter Häberle brinda en las páginas de *Das Grundgesetz der Literaten* (1983) un elenco de textos de escritores alemanes –H. Böll, H. M. Enzensberger, I. Drewitz, E. Fried y W. Baker– que incumben al desarrollo del Estado constitucional en la República Federal germana y son prueba de esperanzados deseos, de tímidas certezas y, también, de frustrantes decepciones.⁹² Otro trabajo, en hora de conne-

⁹² Peter Häberle, *Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat in (Zerr?) spiegel der Schönen Leteratur*, ill. Von Bern Burkhard, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1983. Existe trad. española de Héctor López Bofill como apén-

morar el bicentenario de la *Constitución polaca de 1791* –la más antigua europea y sólo por detrás de la *Convención Constitucional de Filadelfia* en 1787–⁹³ se habría de ocupar del *corpus literario* de su recepción en Polonia y Francia, a través de la concepción poético-política –cantos de Ilustración y reformismo– de dos de ‘Los Tres Bardos’, y de las menciones en crónicas diplomáticas e impresiones de viajeros franceses en Polonia.⁹⁴

dice a Peter Häberle y Hèctor López Bofill, *Poesía y derecho constitucional: una conversación*, Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis, 2004, pp. 31-74, en esp. pp. 42-59. Esta obra ha sido recientemente editada en Perú a iniciativa y con present. (pp. 11-16) del magistrado del Tribunal Constitucional y director de su Centro de Estudios Constitucionales, Dr. Carlos Ramos Núñez (Lima: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, 2015).

⁹³ Véase *La costituzione polacca de 3 maggio 1791 e il costituzionalismi europeo del XVIII secolo*. Atti del colloqui italo-polacco 1991, Jolanta Żurawska (ed.), Napoli: Istituto Universitario Orientale, 1995. Destaco en él los trabajos de Massimo Villone, “La Costituzione polacca del 3 Maggio e la Costituzione americana” (pp. 61-75), Jolanta Żurawska, “Una Costituzione al bivio: osservazioni d’un filólogo” (pp. 91-148), en el que se contiene una reproducción fac-símil de la trad. italiana de la Constitución polaca llevada a cabo en Nápoles por Angelo Lanzillotti en 1821 (*Costituzione di Polonia del 1791. Sotto Stanislao 2*), y Michal Komaszynski, “Costituzione del 3 Maggio 1791 e la Costituzione della Francia rivoluzionaria” (pp. 149-161).

⁹⁴ Véase Edmond Marek, *La constitution du 3 mai 1791 dans la littérature polonaise et française: 1791-1991*, Lille: Université Catholique. Faculté Libre des Lettres & Sciences Humaines, 1991, con referencia a los poetas Adam Mickiewicz (1798-1855) y Zygmunt Krasiński (1812-1859). Sobre éstos y algunos otros escritores de la época, Zdzislaw Libéra subraya en “Le rôle de l’écrivain dans la culture des Lumières polonaises”, trad. de Jucjan Grobelak, *Literary Studies in Poland* 53, 4 (1979), pp. 27-43, el desenvolvimiento de “a pris corps en Pologne la conception des trois prophètes, sous-tendue par l’idée du gouvernement poétique des âmes et du rôle primordial de la littérature dans la formation des attitudes spirituelles et civiques”, cf. p. 29. Tengo asimismo noticia de otro trabajo a firma de Libéra que lleva por título “Konstytucja 3

Creo, sin embargo, que una restricción a este enfoque –pese a su indudable atractivo y poder de sugerencia– correría el riesgo de excluir no ya casos de constitucionalistas que han sido lectores de literatura y escrito obras de creación literaria –algo, en efecto, que también prescindiré hacer aquí– sino la eventual posibilidad de que entre ellos pudieran existir quienes con inclinación literaria más o menos desarrollada hayan dado a su ocupación jurídica principal en derecho constitucional un sesgo iusliterario. Tratando de evitarlo he tipificado tres recorridos, representativos a mi parecer, por donde discurrir una reflexión sobre lo jurídico-constitucional en la Literatura: el testimonio constitucional de un novelista, la constitución como trama novelesca y la invención fictiva de un género constitucionalista.

60

Por el primer sendero regresamos a Kelsen de la mano de Musil. Para situarnos en la historia baste con recordar algunos episodios preliminares.⁹⁵ Kelsen, que en calidad de *neutral* –es

Maja w oczach współczesnych jej poetów” [La Constitución de 3 de mayo a los ojos de sus poetas contemporáneos], *Niepoległość i Pamięć* [Independencia y Memoria] 1 (2000), pp. 45-57, originalmente comunicación presentada al Coloquio que tuvo lugar el 2 de mayo de 1991 en el Palais Royal de Lazienki, y que no se encuentra traducida.

⁹⁵ Remito a la consulta de Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Wien: Deuticke, 1969 (existe trad. de Javier Esquivel, Mexico: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, véanse en esp. pp. 54-66) y “Hans Kelsen, obra y vida. Una introducción”, *Anales* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata) 41 (2011), pp. 332-337; Robert Walter, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Wien: Manz Verlag/Schriftenreihe del Hans Kelsen-Instituts, 2004; Luis Villar Borda, Recensión a ‘Hans Kelsen als Verfassungsrichter’, *Derechos y Libertades* (Instituto Bartolomé de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid) 16 (enero 2017), pp. 259-263, y Hans Kelsen, “*Autobiographie (1947)*”, en *Hans Kelsen Werke*, Matthias Jestaedt (hg.),

decir, no a propuesta de partido político alguno— había accedido en 1919 a una de las magistraturas provisionales del Tribunal Constitucional de Austria, creado en esa misma fecha, fue promovido a juez constitucional vitalicio el año 1921. El 15 de julio de 1930, luego de la entrada en vigor de una ley de reorganización del Tribunal que determinaba la renovación de sus miembros, Kelsen se apartó de aquellas tareas. La causa remonta a un conflicto competencial en materia de dispensas matrimoniales en el que discrepó del criterio mayoritario de la Corte. De este modo, meramente descrito, no se alcanzan a comprender las razones de su decisión, cuyo sentido estuvo ligado al principio de independencia judicial, amenazada con ocasión de aquella cuestión técnica y la naturaleza del fallo que la resolvió. Es necesario señalar el arresto de la actitud de Kelsen, que actuó sin alboroto pero con absoluta firmeza. A Kelsen acompañó en esa renuncia otro gran jurista austriaco, Max Layer (1866-1941). Es relativamente poco conocida la relación entre ambos, y su coincidencia de parecer en punto a la discusión ‘jurídica’ —falta de competencia objetiva, conforme a la naturaleza del litigio, de los tribunales ordinarios para conocer de materia reservada al Tribunal Constitucional— que estuvo a la raíz de la disolución del órgano del que ambos formaron parte. Así, resulta para mí significativa la presencia académica de Kelsen en una de las publicaciones de la Asociación de profesores de Derecho constitucional (‘Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer’), emanadas de su congreso en Viena en abril de 1928, sobre ‘Naturaleza y desarrollo de la

Jurisdicción del Estado', y en específico dedicado al tema de la revisión de actos administrativos por tribunales ordinarios, donde Layer aborda el tema competencial.⁹⁶ Así, pues, las coincidencias, y no sólo académicas, entre Kelsen y éste volvieron a ponerse de manifiesto con el hecho del común abandono de la Corte en 1930. Uno de los biógrafos de Kelsen lo rememora recogiendo precisamente palabras de Musil en su escritura diarista fechadas en Viena a 6 de febrero de aquel año:⁹⁷

“En el diario aparece hoy que, con fundamento en la nueva ley, el Tribunal Constitucional ha sido recientemente constituido. En lugar de dos famosos juristas, Kelsen y Layer, ha llegado un profesor universitario social-cristiano [...] también hoy en la mañana pensé que se debería fundar una unión contra la difusión de la estupidez.”

62

Otra anotación procede del día 17 de julio de 1930, dos después de la fecha de renuncia:⁹⁸

“Esta semana fue removido el Profesor Kelsen del Tribunal Constitucional, ahora es probable que acepte el llamado para ocupar una cátedra en Colonia.”

⁹⁶ Véase *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Mit einem Auszug aus der Aussprache, Berlin- Leipzig: Walter de Gruyter, 1929 (reimp. 2016). La ponencia de Layer se titula “Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte” y ocupa las pp. 124-238.

⁹⁷ Rudolf Aladár Metall, *cit.*, p. 56 de la ed. alemana. Asimismo en Robert Musil, *Tabegbüchwer, Aphorismen, Essays and Reden*, Adolf Frisé (hg.), Hamburg: Rowohlt, 1955, pp. 315.

⁹⁸ Robert Musil, *cit.*, p. 344.

Y aún, en añadido, merced a su correspondencia con Ervin Hexner (1893-1968), un antiguo discípulo de Kelsen, hoy se sabe que Musil incluso llegó a conocer personalmente a éste, conforme “las dispersas relaciones ginebrinas lo imponían”.⁹⁹ En su exilio ginebrino Musil se denodada por entonces con la magnitud de *El hombre sin atributos* (1930-1943). Recordemos que Ulrich, protagonista y *alter ego* de su creador, era hijo de un muy renombrado jurista.

Entre tanto, Kelsen ya había partido de Viena, dejando atrás también las aulas de su universidad, en la que profesó. “Una pérdida irreparable para la Universidad de Viena”, señalaba el diario *Wiener Allgemeine Zeitung* en su edición de 8 de julio de 1930.¹⁰⁰

Y ya termino con este argumento del ‘*testimonio constitucional de un novelista*’. Sólo y apenas unas líneas más.

63

Hay una conocida caricatura que representa a Kelsen a la puerta del Tribunal Constitucional, como sorprendido de que el ujier le frene la entrada.

Al pie se leen las palabras con que éste le informa de la orden –de la Ley política– impeditiva. El anciano ujier dice:¹⁰¹

⁹⁹ *Ibid.*, p. 750. Carta de 20 de Agosto de 1939.

¹⁰⁰ Referido por Jestaedt en su *Estudio Preliminar* a “*Autobiographie (1947)*”, cit., p. 150 n. 234.

¹⁰¹ Véase Christian Neschwara, “Kelsen als Verfassungsrichter”, en *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts* Stanley L. Paulson & Michael Stolleis (Hrsg.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 351-382, en esp. p. 379. Caricatura en p. 354.

«Pero, profesor Kelsen, ¿qué podía esperar de un Tribunal Constitucional tan politizado como el nuestro?»

Hans Kelsen imposibilitado de acceder al Tribunal Constitucional austriaco, del que era magistrado desde 1919. ¿No parece una paradoja del destino? La trágica paradoja de un destino, tal vez, literario. ¿No recuerda demasiado el apólogo kafkiano ‘Ante la Ley’ en *Der Proceß* (1925)? La burla e incongruencia de un «Hier konnte niemand sonst Einlaß erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn» («Aquí nadie más que tú podía entrar, esta entrada sólo era para ti. Ahora voy y la cierro»). El absurdo de la translocación: el *Guardián de la Ley* –la Constitución Política– obstaculizado a la puerta de la Ley –la Ley del Estado– por su guardián.

64

Y es que, en efecto, parecería que nos halláramos en *una novela de ficción constitucional*, como una evocación –menos lejana de lo que se cree– de la querrela Kelsen *vs.* Carl Schmitt (1888-1985) sobre quién debiera ser el guardián de la Constitución.¹⁰²

¹⁰² La polémica, que se desata abiertamente en 1931, tiene antecedentes en la reunión de abril de 1928, *supra* n. 96, donde la contribución de Kelsen, sobre “La garantía constitucional de la Constitución. (La justicia constitucional)” [trad. de Juan Ruiz Manero en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, selec. y present. de Juan Ruiz Manero, Madrid: Debate, 1984, pp. 109-155], que precede a la de Layer, se sitúa en la sec. II (‘Erster Beratungsgegenstand: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit’), pp. 30-80. Schmitt responde tácticamente los planteamientos de Kelsen en “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, t. I, pp. 154-178, asimismo en Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker &

Sin embargo, no hemos llegado todavía. En realidad, la *novela de ficción constitucional* comienza ahora, aunque tampoco se aparte de Kelsen, ni totalmente de Kafka, ni mucho menos de Schmitt. Se trata de un relato inspirado en un hecho real, ocurrido en Portugal en mayo de 1996, y que acabó siendo presentado por los medios de comunicación lusos como *caso Sacavém*; esto es, la muerte de un delincuente común en el interior de las instalaciones de la Guardia Nacional Republicana de Sacavém, muy cerca de Lisboa, a manos de un oficial de ese cuerpo. La novela, publicada en Italia el año 1997, se titula *La testa perduta di Damasceno Monteiro*¹⁰³ y fue escrita por Antonio Tabucchi (1943-2012). La historia narrada, sometida a una lectura de casos, da pábulo a exégesis jurídico-penales; se detectan, ciertamente y sin gran dificultad, los delitos de detención ilegal por funcionario público,

Humblot, 1958, pp. 63-100. Sobre la polémica de 1931 véase con detalle Carlos Miguel Herrera, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos* 86 (octubre-diciembre 1994), pp. 195-227 y *La controverse sur le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Olivier Beaud et Pascuale Pasquino (dir.), Paris: Editions Panthéon-Assas, 2007. Para los textos en polémica, Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1931 (reed. en 1958, 1985 y 1996) [*La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, pról. de Pedro de Vega, Madrid: Tecnos, 1983 (2ª ed. 1998)] y Hans Kelsen, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *Die Justiz* 6 (1931), pp. 5-56, también Berlin-Grunewald: Walther Rothschild 1931 [*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos, 1995]. Asimismo en ed. conjunta de ambos textos en sus traducciones al español Madrid: Tecnos, 2008.

¹⁰³ Antonio Tabucchi, *La testa perduta di Damasceno Monteiro*, Milano: Feltrinelli, 1997. Existe trad. española (*La cabeza perdida de Damasceno Monteiro*) de Carlos Gumpert y Xavier González Rovira, Barcelona: Anagrama, 1997. En adelante las citas se toman de esta edición.

contra la integridad moral de las personas homicidio imprudente y, finalmente, inhumación ilegal. Se olvidaría así, no obstante, que en ellos se involucran importantísimas vulneraciones de libertades y derechos construccionales (arts. 15 y 17.1 de la CE). Esta grave desatención aún sería menor comparada con pasajes del texto que notoriamente conciernen a la Filosofía del Derecho constitucional.¹⁰⁴ La evidencia es, además, de tal volumen que en el primero de aquéllos se hace explícita mención a Kelsen como reconocido jurista, filósofo del derecho y experto en derecho constitucional, y también a una de sus primeras obras. Dice:¹⁰⁵

[...] en los años veinte había escrito un ensayo titulado *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, que yo había leído de estudiante [...] Así que me matriculé en uno de sus cursos en la Universidad de Berkeley. Era un hombre alto y enjuto, calvo y torpón, a primera vista nadie hubiera dicho que fuese un gran filósofo del Derecho, se le habría tomado por un funcionario del Estado [...] Sus teorías acerca de la Grundnorm se habían convertido en una obsesión para mí.

[...]

— Grundnorm –repitió–, ¿capta el concepto?

— Norma Base [...]

— Sí, naturalmente, norma base –precisó el obeso–, sólo que para Kelsen está situada en el vértice de la pirámide, es una norma base invertida, está en la cima de su teoría de la justicia, a la que él definía como Stufenbau Theorie, teoría de la constitución piramidal.

¹⁰⁴ No es vano recordar el expreso agradecimiento del autor a Danilo Zolo, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Florencia. Véase *La cabeza perdida de Damasceno Monteiro*, cit., p. 184.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 85-86.

[...]

— Es una proposición normativa –continuó–, está en el vértice de la pirámide que llamamos Derecho, pero es el fruto de la imaginación de un estudioso, una pura hipótesis.

[...]

— Si usted quiere, es una hipótesis metafísica –dijo el abogado–, absolutamente metafísica. Y si usted quiere, se trata de un asunto auténticamente kaffiano, es la Norma que nos enreda a todos [...] Las vías de la Grundnorm son infinitas.

Quien interviene en este diálogo es un abogado escéptico, apodado Loton, lector confeso de la segunda edición, 1923, de *Hauptprobleme*, texto que sitúa el inicio de la idea kelseniana de constitución en sentido lógico-jurídico.¹⁰⁶ Quien concibe los parlamentos es Tabucchi, asesorado por el internacionalista Antonio Cassese.¹⁰⁷ Se trata, por tanto, de una especie de milhojas de lectura, de lecturas superpuestas, cuya última capa es *una novela de ficción constitucional* o, como algún comentarista ha enunciado con fortuna, “*la Grundnorm in romanzo*”.¹⁰⁸

67

¹⁰⁶ Véase Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1923, p. XV.

¹⁰⁷ Tabucchi dedica su novela a Antonio Cassese, Catedrático de Derecho internacional de la Facultad de Ciencias Políticas en la Universidad de Florencia, cf. *La cabeza perdida de Damasceno Monteiro*, cit., p. 7 [sin numerar]. A Cassese corresponde el haberle descubierto la teorización de la *Grundnorm* como una “suerte de entidad metafísica”. Véase Paolo Mauri, “La testa tagliata de Tabucchi”, *La Repubblica* (Roma), ed. de 12.III.1997. Accesible a través de: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1997/03/12/la-testa-tagliata-di-tabucchi.html>.

¹⁰⁸ Lanfranco Mossini, “La Grundnorm in romanzo”, *Rivista di Diritto civile* XLVI, 2 (marzo-abril 2000), pp. 295-306.

El problema que a partir de ahí suscita Tabucchi tiene una enorme trascendencia para la discusión constitucional en materia de Derechos fundamentales. El *caso Sacavém*, es decir, las torturas infligidas durante una detención investigativa y la muerte que se ocasionó, así como el pretexto de la obediencia debida, se conciertan a la Norma Base que es cúspide del sistema jurídico y tras cuya neutralidad axiológica se puede ocultar, disimular o encubrir un estado de maldad moral intrínseca.

[...] demasiada gente se ha escondido tras esa miserable justificación, haciéndose un escudo legal de ella, ¿entienden?, se esconden detrás de la Grundnorm.¹⁰⁹

Y refiriéndose a los métodos de la Inquisición portuguesa:¹¹⁰

68

— [...] en nombre de una Grundnorm que más Grundnorm no puede serlo, la Norma Absoluta, ¿comprende?

— ¿O sea? —preguntó Firmino.

— Dios —respondió el abogado—. Aquellos dirigentes y refinadismos verdugos habían recibido la orden superior; el concepto es básicamente el mismo: yo no soy responsable, soy un humilde sargento y me lo ha ordenado mi capitán; yo no soy responsable, soy un humilde capitán y me lo ha ordenado mi general; o bien el Estado. O bien Dios. Es más incontrovertible.

[...] monstruoso, Ungeheuer, monstruo, vampiro que se esconde detrás de la Norma Base.¹¹¹

¹⁰⁹ Antonio Tabucchi, *La testa perduta...*, cit., p. 130.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 131.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 162.

Se trata, por tanto, también de una especie de milhojas de metáforas, de metáforas superpuestas, cuya última capa es una crítica metafórica, que va *más allá de sí misma*, que es la del *idiota moral*,¹¹² tomada esta figura a partir de quien en el encadenamiento gradual de juicios de corrección formal sobre validez de un imperativo se traslada por elevación, de peldaño en peldaño, hasta un *punto de pureza* que escribe el vacío valorativo, que es la escritura de la barbarie. Y es, igualmente, una metáfora de la Norma Base, que por inversión va *más acá de sí misma*, porque a cada paso se degrada y no asciende a los Cielos, sino que ahonda hasta el más profundo abismo del Hades.

El último de los tres argumentos anunciados para este apartado versa sobre *la ficción genuina de un constitucionalista*. Para introducirla prolongo la compañía de Tabucchi secundando su pasión por el modernista Fernando Pessoa (1888-1935), aquel que sobrevivía de la exigua vida real con el parvo empleo semanal de traducir cartas comerciales, pero capaz de ingeniar, a través de la *heteronimia*, un misceláneo universo de identidades ficticias de su yo. Una heteronimia que Tabucchi entiende¹¹³ “no tanto como metafórico camerino de teatro en el cual el actor Pessoa se cobija para asumir sus disfraces literario-estilísticos, sino precisamente como zona franca, como *terrain vague*, como línea mágica que al cruzar convertirá a Pessoa en “otro” sin dejar de ser él mismo”.

¹¹² Véase Norbert Bilbeny, *El idiota moral. La banalidad del mal en el siglo XX*, Barcelona, Anagrama, 1993.

¹¹³ Antonio Tabucchi, *Un baúl lleno de gente. Estudios sobre Pessoa* [1990], trad. y ed. de Pedro Luis Ladrón de Guevara Mellado, Murcia: Huerga y Fierro, 1997, pp. 11-12.

Viene todo esto a colación de la ficción genuina que a mediados de los 80 se produjo en la literatura científica germana del Derecho constitucional con la publicación de un libro en homenaje a Friedrich Gottlob Nagelmann (1889-1994),¹¹⁴ cuya constitución era la de un espectro, como la sombra fantasmal de un aparecido que emergiera del fondo de alguno de los armarios de la Bundesverfassungsgerichts. Porque Nagelmann era todo eso, y sólo eso, aunque no sólo él era eso. Lo eran, igualmente, la Sociedad de Amigos de la Constitución/Sala Tercera del Tribunal Constitucional alemán, patrocinadora del tributo, y cada uno de sus festejantes colaboradores, así como los temas de estudio que le dedicaron para formar el acabado texto.

70

La crítica especializada descifró pronto los enigmas,¹¹⁵ no así el milagro. Mi conjetura sobre el prodigio apunta otros rumbos, que aprovechan de la genealogía literaria.

La oferta de estudios a Nagelmann es, desde luego, una ficcional interpolación en la realidad bibliográfica constitucional, mas no al modo del 'Necronomicon' en *Los Mitos de Cthukhu* (1921 y 1935) de H. P [Howard Phillips] Lovecraft (1880-1937):

¹¹⁴ *Das wahre Verfassungsrecht: Zwischen Lust und Leistung. Gedächtnisschrift für F. G. Nagelmann*, Dieter C. Umbach, Richard Urban, Roland Fritz, Hans-Ernst Böttcher, Joachim von Barga (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.

¹¹⁵ Véase "Phantome. Neuere Nebelkerzen: Verfassungsrecht als Verwirrspiel: Karlsruher Richter nehmen sich mit einer, Gedächtnisschrift für einen Phantom-Juristen selber auf den Arm", *Der Spiegel* 40 (1984), p. 99, y Jaime Nicolás Muñoz, "El auténtico Derecho constitucional. Homenaje a un jurista inexistente", *Revista Española de Derecho Constitucional* 5, 15 (septiembre 1985), 275-279.

‘El verdadero Derecho constitucional. Entre el gozo y el esfuerzo’ es un libro existente, bien que no lo sea el agasajado. Se trata de otra clase de inserción fictiva, aunque tampoco aquélla de los libros simulados por Thomas Carlyle (1795-1881) para su *Sartor Resartus* (1833-1834), que Jorge Luis Borges elogió contra el “desvarío laborioso y empobrecedor de componerlos”, salvo “por la imperfección de ser libros también, no menos tautológicos que los otros”.¹¹⁶

Opino que el verdadero linaje se transmite en este caso desde la heteronimia pessoana; “la heteronimia –escribe Tabucchi– no es más que la vistosa plasmación en literatura de todos los hombres que un hombre puede creer ser”.¹¹⁷ En nombre de Nagelmann es otro nombre, nombre diferente de un mismo *yo*: el *yo* característico del jurista de Derecho constitucional educado en el legado jurídico-cultural romano-germánico. Así, pues, los tópicos y materias expuestas, sus artífices, los mecenas, la obra misma y el propio Nagelmann no son inauténticos. Y, además, forman entre todos una familia bien avenida, de modo que en la ficción sucede como en la realidad.

71

El resto puede ser humor. Pero, seamos serios, nunca lo hay donde falta inteligencia.¹¹⁸ Así, aparte los sarcasmos,

¹¹⁶ Véase el prólogo a la primera edición (1941) de *El jardín de los senderos que se bifurcan*, éste luego como *Ficciones* (1944).

¹¹⁷ Antonio Tabucchi, *Un baúl lleno de gente*, cit., p. 33.

¹¹⁸ Ciertamente acostumbran de él y tienen de ella en la Bundesverfassungsgerichts. Véase Hendrik Hiwi [otro heterónimo de colectivo de miembros de la Corte constitucional alemana], *Leichen im Keller des Bundesverfassungsgerichts. Kriminalroman für Johann F. Henschel, Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts*,

resulta a la postre que este *Liber amicorum* no será vana contribución en prueba de que un recurso literario como el heterónimo es también un buen instrumento para la imaginación jurídica.

5.- La Justicia constitucional desde la ficción: entre fábula y parábola

Finalizaré con dos anotaciones traídas de sendos textos para procurar extraer de ellos alguna enseñanza jurídico-moral y ponderada didáctica acerca de la justicia constitucional. El primero es la fábula militante¹¹⁹ del brasileño Alfonso Henriques de Lima Barreto (1881-1921) –mulato y que habitaba en uno de los suburbios cariocas, toda su vida también un marginado de la literatura oficial de la época– publicada póstuma, un año después de su muerte, como *Os bruzundangas*, que en ocasiones incluye *sátira* como subtítulo.¹²⁰ Porque es, indisputablemente, una sátira integral de la sociedad brasileña que abarca desde lo social, político y económico hasta lo cultural, incluyendo la crítica al formalismo literario reinante.¹²¹ Es comprensible, pues, que

72

zum Abschied aus dem Amt von seinen Wissenschaftlichen Mitarbeitern, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1996.

¹¹⁹ Véase Maoel Freire, “A retórica do oprimido: sobre a ideia de literatura militante em Lima Barreto”, *Travessias. Pesquisa em Educação, Cultura, Linguagem e Arte* 2, 1 (2008), accesible a través de <http://e-revista.unioeste.br/index.php/travessias/article/view/2894/2290>.

¹²⁰ Alfonso Henriques de Lima Barreto, *Os bruzundangas*, Porto Alegre: L&PM Editores, 1988. Esta ed. reproduce el texto de la 1ª, publicada el año 1922 en Rio de Janeiro por Jacintho Ribeiro dos Santos Editor.

¹²¹ A contrario, escribe Sérgio Luiz Bezerra Trindade, “Constituição de 1891: as limitações da cidadania na República Velha”, *Revista da FARN* (Centro

Lima Barreto dedique uno de los capítulos a la Constituição, que es el VIIIº de los veintidós que la integran. Allí comienza diciendo:¹²²

Quando se reuniu a Constituinte da República da Bruzundanga, houve no país uma grande esperança.

Este inicio es del todo simbólico; la promesa de sentido remonta a un tiempo constitucional precedente –la *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 1891–, pero tramita en uno ulterior, desde donde el narrador instala su relato. Éste –un viajero que años atrás vivió en el país y conoció su realidad– sólo comunica con la distancia de un observador independiente, en actitud casi científica, ofreciendo una sinopsis aparentemente neutra. El relatorio implica la salida de una “lei básica” anterior, “a Constituição monárquica”; la *Constituição Política do Imperio do Brasil*, de 1824. El narrador no escribe, sin embargo, desde la añoranza de ese pasado, sino del futuro que no acació. Así, pues, el país y la Constitución de Bruzundanga están contados en un presente narrativo que, en el fondo, es nostálgico, pues nos traslada el relato

73

Universitário do Rio Grande do Norte. UNI-RN. Natal), 3, 1-2 (jul. 2003/ jun. 2004), pp. 175-189: “Lima Barreto, no seu ultra-idealismo, sonha com uma república perfeita, representada no ufanismo visionário do personagem central do seu mais famoso romance, *Triste fim do Policarpo Quaresma* [1911 en ediciones de folletín, y exenta de 1916]. República perfeita que se ergueria em pilares completamente diferentes do que se ergueu o mundo da Bruzundanga (descrito em uma de suas melhores sátiras *Os Bruzundangas*), a negação dos melhores ideais do grande literato”, cf. p. 185. Remito, entre muchas ediciones disponibles de *Triste fim do Policarpo Quaresma*, a, por ejemplo, la impresa en Río de Janeiro por Nova Aguilar, del año 2001.

¹²² Lima Barreto, *Os bruzundangas*, cit., p. 69.

de aquel porvenir ilusionado e incumplido: “A nova [Constituição] devia ser uma perfeição e trazer a felicidade de todos.”

Nos da a conocer que a tres legisladores de la Asamblea constituyente, elegidos de entre una primera comisión formada por veintiún miembros, correspondió redactar el proyecto de nueva Carta Magna. Aquella terna debatió acerca de qué otras experiencias constitucionales podían servirles como modelo;¹²³ vacilaron si debía ser el de Huyhnms –un país de caballos con el que guardaban bastantes semejanzas–, el de Lilliput –pues tampoco superaban en estatura a sus habitantes– o sería mejor el de Brobdingnag –la nación de los gigantes; los pequeños bruzundangas “queriam possuir uma Constituição de gigantes”, así que esta última prevaleció, si bien con determinadas modificaciones introducidas en la discusión del plenario, tendentes a convalidar algunos de sus rasgos en la idiosincrasia nacional. Por ejemplo, la necesaria ineptitud de los ministros para la cartera que ocuparen,¹²⁴ o que todo diputado careciera de otro cualquier criterio que no fuera el del gobernador que lo promoviese.¹²⁵

74

¹²³ Comenta Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, *O Antifetichismo Institucional em Lima Barreto*, Brasília: ed. do A., 2013, p. 21: “A imagem é de veracidade impressionante, e bem identifica país periférico, como o Brasil, que vive embaixacado cotejando constituições de outros países, fomentando transposições normativas, que redundam em aporias da vida administrativa cotidiana, a exemplo da medida provisória que emprestamos da Itália, do controle concentrado de constitucionalidade que copiamos da Alemanha e do *amicus curiae* que pretendemos colar dos Estados Unidos.”

¹²⁴ Lima Barreto, *Os bruzundangas*, cit., cap. IX (“Um Ministro”), pp. 83-89.

¹²⁵ Explica José Murilo de Carvalho, *Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil*, México: Fideicomiso Historia de las Américas/El Colegio de México, 1995,

Con su aprobación por la Asamblea instauró la Constitución, no obstante, varios derechos muy originales y altamente avanzados. Quedó prohibida, por ejemplo, la acumulación de cargos públicos en una misma persona,¹²⁶ y se declaró el derecho a la plena libertad en el ejercicio de las profesiones, como inequívoca expresión del pensamiento y los valores del liberalismo.¹²⁷ Pero, junto a estos adelantos en libertades y derechos, también incorporó –con la unánime aquiescencia– un precepto que, contenido entre sus disposiciones generales, ordenaba:¹²⁸

Toda a vez que um artigo desta Constituição ferir os interesses de parentes de pessoas da ‘situação’ ou de membros dela, fica subentendido que ele não tem aplicação no caso.

75

p. 32 que, de acuerdo con la ley electoral vigente, la Cámara Federal otorgaba credencial de diputado exclusivamente a quienes apoyaban el Gobernador y el Presidente.

¹²⁶ Lima Barreto, *Os bruzundangas*, cit., p. 72. También esclarecedora referencia en cap. II (‘A Nobreza da Bruzundanga’): “A Constituição da Bruzundanga proíbe as acumulações remuneradas, mas as leis ordinárias acharam meios e modos de permitir que os doutores acumulassem” (cf. p. 40).

¹²⁷ Así, efectivamente, lo también propugnaba –siquiera formalmente– la Constitución de 1891. Véase, Aliomar Baleeiro, *Constituições Brasileiras: 1891*, Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos, 2001. Sin embargo, en balance con la realidad, resultaba de muy diferente manera: “Entre o país constitucional –liberal e democrático– e o país real –autoritário e oligárquico– mantevese sempre um abismo intransponível”. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, *Direito constitucional. Teoria, história, métodos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014 (2ª e. reimp.), cf. p. 114.

¹²⁸ Lima Barreto, *Os bruzundangas*, cit., p. 72.

Esta cláusula, que dotó a la de “uma elasticidade extraordinária” –aunque en aquel entonces no dio ocasión a conciliar si se trataba de un principio que derrotaba regla, de un principio que rendía a otro, de un meta-principio, o si era un postulado– quedó a la ponderación de los tribunales, con recurso –pensado para el pleiteador “recalcitrante”, que siempre lo habría– de *ultima ratio* –aunque más a menudo de *spes ultima*, porque “todos esperavam ficar na ‘situação’”– ante la Corte Superior. La función de este alto Tribunal, conocido con el nombre de *Chicana*, era de control de la constitucionalidad, limitándose a ponderar si en los eventuales conflictos debía prevalecer el principio sobre la regla, un principio por encima de otro, o bien indagaba qué indecible meta-principio sobrevenía a ambos y otras veces enunciaba algún postulado no menos inefable, de modo que la eventual lesión con relevancia constitucional de los intereses de las familias –o acaso fuera la eventual lesión de los intereses de las familias con relevancia constitucional–, así como de los que se reclamaban en una posición análoga a aquella ‘situação’, quedara protegida. En suma, la *justicia chicana* de la Corte Superior y ella misma, resolvía “de acordó com a ‘situação’. Era tudo a ‘situação’”.¹²⁹

76

El informe prolonga algunas líneas más abordando en ellas la cuestión de la reforma constitucional –ardientemente exigida por la oposición y siempre postergada una vez llegaba al gobierno– o el tema de las condiciones de elegibilidad para ocupar el cargo presidencial, ‘Madachuva’ de Bruzundanga.¹³⁰ Eran éstas

¹²⁹ *Ibid.*, p. 73.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 74. Por extenso en cap. IX (‘Um Mandachuva’), pp. 75-80, y cap.

de rigor muy tímido y extraordinariamente tolerantes con un perfil de baja exigencia intelectual. A lo que el informante añade: “Nessa parte a Constituição foi sempre obedecida”. Y ya no se extiende mucho más allá. En adelante, señala sólo que la ley básica, la Magna Carta, la Constitución, va por tres décadas de vigencia y, en colofón, que a lo largo de todo ese período

tem sofrido várias mutilações, desfigurações e interpretações de modo a não me permitir continuar a dar mais apanhados dela, a menos que quisesse escrever um livro de seiscentas páginas.

Dos cosas quedan en claro para mí. Una, que aquel libro, juzgando su anunciada vastedad, sería de los que el incisivo Borges repudiaría componer al considerarlo “desvarío laborioso y empobrecedor”. Otra, que en ‘Constituição’, cap. VIIIº de *Os bruzundangas* hallamos un texto precursor –precursor en el sentido borgeano expuesto en ‘Kafka y sus precursores’– de ‘El Informe Brodie’ (1970) del propio Borges. Pudiendo ser así, una rúbrica me alcanza en el párrafo final de reporte de Brodie sobre los Yahoos. Dice: “representan, en suma, la cultura, como la representamos nosotros, pese a nuestros muchos pecados”. La

77

XXI (‘Em botas soltas’), sobre el clientelismo presidencial: “Lá, na Bruzundanga, os Mandachugas, quando são eleitos, e empossados, tratam logo de colocar em bons lugares os da sua clientela. Fazem reformas, inventam repartições, para executarem esse seu alto fim político. Há, porém, dois cargos estritamente municipais e atinentes à administração local da capital da Bruzundanga, que todos os matutos amigos dos Mandachugas disputam. Os Mandachugas, em geral, são do interior do país. Estes cargos são: o de Prefeito de polícia e o de Almotacé-mor da cidade. Não só eles são rendosos, pelos vencimentos marcados em lei, como dão direito a propinas e outros achegos”, cf. p. 146.

Constituição de Bruzundanga, imaginada desde la ficción, no ha sido tan inimaginable en la realidad. Los vicios y corruptelas de aquella Constitución no son únicamente imputables a la cultura constitucional brasileña de 1891. Si lo creyéramos así, sumaríamos uno más a la lista de nuestros muchos pecados; el de pureza de credulidad; es decir, la candidez.

Y en lo que todavía queda de este apartado final, esto es, el argumento de la parábola, permítanme que continúe con la escritura borgeana. Invocaré su cuento-ensayo –Borges no es genérico, o mejor, Borges es, de suyo, todo él un género único– ‘Pierre Menard, autor del Quijote’, de 1939, que el año 1941 formará parte de *El jardín de los senderos que se bifurcan* y en 1944 de *Ficciones*. Antes debo confesarles una frustración. Este texto ha estado durante años en la carpeta de mis proyectos de *Derecho y Literatura*, y por todo ese plazo a espera de una ocasión que, no obstante, hoy llega tarde. Sumergido en otro proyecto descubrí meses atrás un trabajo que me arrebatava por completo la oportunidad de privilegiarme con texto en su primogénito analista jurídico.¹³¹ Ya sólo me queda ser segundón, y emplearme con especial intrepidez al de sostener alguna tesis no peregrina, y acaso con valor que, incluso si en el lugar que ocupo, me redima bastante ante quienes lean esas líneas, aunque nunca sea suficiente. Lo que así diré puede que cause pasmo, pues afirmo que Pierre Menard es –debería serlo– el prototipo de un Magistrado constitucional.

¹³¹ Marco J. Jimenez, “Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation”, *Pepperdine Law Review* 40, 1 (2012), pp. 1-22, accessible desde <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol40/iss1/1>. Jiménez enseña en la Stetson University College of Law. Gulfport, Florida. USA.

Si se contemplan con atención las relaciones intertextuales que allí borran las características espaciales y temporales del texto de Cervantes creo que es posible encontrar la congruencia de mi parábola sobre la función de la justicia constitucional. El texto de la Constitución estaría en la posición que el *Quijote*, y como él podría llevar escrito varias centurias. Pierre Menard estaba lejos de pretender componer otro *Quijote*; se había propuesto, sin embargo, reescribir el *Quijote*. El designio de Menard, como explica algún selecto crítico de la obra borgeana, era diferente: “No quería ofrecer sólo una versión más de la célebre novela (como habían hecho los imitadores: Avellaneda, Montalvo, Unamuno). Él quería alcanzar una versión que fuese a la vez, rigurosamente literal, y una obra totalmente nueva, suya.”¹³²

Como aquél, los magistrados constitucionales no desean —tampoco es recomendable— ofrecer una versión más de la Constitución. Muy bien puede ser esa la ambición de un teórico constitucional; la doctrina científica es capaz de eso, y mucho más; recuérdese la *hypotetische Grundnorm*. El juez constitucional es, a mi juicio y por el contrario, un lector privilegiado, que conoce bien, precisamente por mor de la doctrina científica, cómo la Constitución, a semejanza del Quijote, es hoy y en todas partes, “un libro contingente”.¹³³ Todos hemos hecho lecturas de la Constitución, y esa es la razón de su contingencia universal. A los jueces del Tribunal Constitucional no se les puede incluir, ni por

¹³² Véase Emir Rodríguez Monegal, *Borges, hacia una lectura poética*, Madrid: Eds. Guadarrama, 1976, p. 41.

¹³³ Jorge Luis Borges, ‘Pierre Menard, autor del Quijote’, en Id, *Ficciones*, en Id. *Obras completas*, Buenos Aires: Emecé, v. 1., p. 448.

las funciones que le fueron atribuidas por la Constitución misma ni por la propia ley reguladora de la institución, en el común de sus lectores y tampoco en la pléyade de otros más singulares. De ellos se exige la condición, única y preferente, de ser *escriblectores* y, como tales, a semejanza de Menard, afrontar la materia textual de la Constitución borrando sus características espaciales y temporales, pero no para hacer sólo una lectura contemporánea y extensiva, sino que haciendo que el texto permanezca idéntico su significado pueda experimentar inmensas transformaciones. Es también idea de la traducción como superación de la disyuntiva ‘original’ y ‘copia’. Una traducción constitucional que, palabra por palabra, en este caso respeta absolutamente la lengua de salida, pero que la hace hablar en otra lengua.¹³⁴ Las palabras mudan sin cambiar de ropaje.

Ignoro desde cuándo –no soy historiador, y me esfuerzo cada día en ser mejor filósofo del Derecho–, pero considero que la justicia constitucional y sus magistrados hace mucho que actúan, quizá desde siempre, como *avant-garde* de la posmodernidad jurídica. Es muy probable que ellos también lo ignoren. Eso, sin duda, es igualmente parte de esta *parábola*.

(Málaga. Febrero de 2016)

¹³⁴ Véase Carmen R. Rabell, “Cervantes y Borges. Relaciones intertextuales en *Pierre Menard, autor del Quijote*”, *Revista Chilena de Literatura* 42 (1993), pp. 201-207, en esp. p. 204. Magdalena Adamczyk, “*Pierre Menard, autor del Quijote* en cuanto función intertextual y metaliteraria: escritura, lectura y... traducción”, en *Reescritura e intertextualidad. Literatura-Cultura-Historia*, trad. de Paul Bangs, Urszula Aszyk (coord.), Varsovia: Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos, 2007, pp. 9-30.

APÉNDICE:
CONSTITUTIONAL LAW
EN CLAVE DE TEORÍA LITERARIA:
UNA GUÍA DE CAMPO PARA EL ESTUDIO

Sumario: 1.- Sobre Teoría literaria del Derecho y Constitución. 2.- Derecho & Literatura Constitucional. 2.1.- Como *top stories*. 2.2.- Como *fictional canon*. 2.3.- Como *foundational hypothetical narrative or myth*. 3.- Narrativa en las instituciones constitucionales. Últimos episodios. 3.1.- Constitutional Law Interpretation: *Juricentric Constitution v. "Juriperipheral Constitution"*. 3.2.- Constitutional judicial interpretation: *between romantic narrative, fuzzy fiction, and ascetic narrative*. 4.- Guía de campo. *Coda*.

1.- Sobre Teoría literaria del Derecho y Constitución

De manera no inusual, y seguramente incluso con intención bondadosa aunque no exenta de cierta condescendencia, se sostiene que *Derecho y Literatura* funcionan con capacidad para el recíproco suministro de réditos explicativos, aclaratorios o exegeticos. En tal sentido se afirma, sin demasiada polémica, que actúan entre sí, recíprocamente, como universos paralelos. Mi parecer, sin embargo, es que esta percepción resulta, a fuerza de indulgente, frustrante. Concebir y establecer toda virtual comparativa entre *Derecho y Literatura* por referencia a una función de correspondencia sólo basada en el paralelismo, cualquiera sea el variable grado de su adyacencia o intermediación, no significa sino que dicho par discurre sin más punto de encuentro que la potencial unción a un infinito imaginario. *Derecho y Literatura* como

universos paralelos, esto es, extraños a la convergencia; o sea, que no se intersecan y, desde luego, que son ajenos a la inclusión. *Derecho y Literatura*, pues, como universos sin implicación. Una Teoría literaria del Derecho sostiene, por el contrario, que se trata de universos implicantes e implicados.¹

Así, en mi apreciación, acierta plenamente Ferreira da Cunha al señalar el posible y deseable desenvolvimiento de la lectura y análisis literario de la Constitución.² Sobre este mérito, mi propósito se limitará a ordenar los materiales que vienen ensayando y demostrando, a partir de propios y particulares condicionamientos y con diferente alcance en cada caso, la alternativa de una Teoría literaria del Derecho Constitucional. Los condicionamientos de esa lectura y análisis dependen, naturalmente, del prisma aplicado al examinar qué se entienda por Derecho constitucional. El alcance resulta igualmente diverso a razón de la variable distancia literaria a que lo considerado como Derecho constitucional se pretenda proyectar. No estoy interesado ahora en detenerme a precisar las múltiples derivaciones de esa distinción; del resto, creo que sucede de modo semejante cuando la *implicación Derecho Literatura* elige cualquier otro ámbito jurídico, o prefiere un enfoque literario determinado o bien de vocación más general.³ Sí puede afirmarse, en todo caso, que el

¹ José Calvo González, "Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional" (2007), en Id. (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Granada: Edit. Comares, 2008, pp. 3-27.

² Paulo Ferreira da Cunha, *Direito Constitucional anotado*, Lisboa: Quid Júris. Sociedade Editora Lda., 2008, p. 22.

³ Es claro que obras como las de Faoro, Junqueira y Godoy, o trabajos como

enmarque de la orientación mayoritaria en la lectura y análisis literario de la Constitución emerge de una posición de teoría crítica del derecho, y procede a través del desarrollo de las doctrinas jurídicas post-positivistas.⁴ De momento, sin embargo, lo aquí perseguido es más modesto; únicamente elaborar en clave de teoría literaria *una guía de campo para el estudio del modelo Constitutional Law*.

Soy consciente de que ello no vela el trasfondo problemático que el empleo de cierta clase y tipo de categorías suscita y hace efecto al pautar el recorrido, pero tampoco ocuparme de este asunto es mi objetivo principal. Aclararé, no obstante, que, como teórico crítico del derecho que me postulo, creo que la

los de Barroso, Schwartz y Ohlweiler –por tratar de ejemplarizar la conjunción bidimensional del par Derecho Literatura acudiendo a la cultura jurídica brasileña– aportan resultados a una Teoría literaria del Derecho (y en su caso a la del Derecho constitucional) en magnitudes muy variadas y versátiles. Véase Raymundo Faoro, *Machado de Assis: a Pirâmide e o Trapézio*, Porto Alegre: Editora Globo, 1975; Eliane Botelho Junqueira, *Literatura & Direito: uma outra leitura do mundo das leis*, Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, *Direito & Literatura. Ensaio de síntese teórica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008; Luís Roberto Barroso, “Direito e paixão”, en *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* (Rio de Janeiro) 2 (2000), pp. 321-338 [asimismo en *Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, pp. 603-628]; Germano Schwartz, *A Constituição, a Literatura e o Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, y Leone Ohlweiler, “Aproximações hermenêuticas entre Direito e Literatura: a narratividade dos princípios constitucionais da Administração pública”, en *Direito e Literatura: O encontro entre Themis e Apolo*, André Trindade - Germano Schwartz (eds.), Curitiba: Juruá Editora, 2008, pp. 173-197.

⁴ Vid. más ampliamente Carlos María Cárcova, *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Argentina, 2007.

ciencia jurídico-constitucional no trabaja en un contenedor estéril y que, por tanto, la intentada neutralidad científica de sus categorías representa antes que una preservación del neutralismo, una toma de posición no incontaminada acerca de la cientificidad de aquéllas.

2.- Derecho & Literatura Constitucional

2.1.- Como *top stories*

De acuerdo a las condiciones de carácter productivo (y reproductivo) que identifican al sistema jurídico en la tradición del *common law*, el Derecho constitucional establece con la literatura una relación preferente que la metodología del *case law* implementa extraordinariamente. Por el contrario, su repercusión queda en general circunscrita al área de su misma (o análoga) influencia. Con expresiva intención basilar y formativa en cursos introductorios de Derecho constitucional, o más profunda en cuanto herramienta para la discusión crítica avanzada (seminarios de especialidad), el plan y la organización docente de los centros universitarios norteamericanos de enseñanza jurídica acude al diseño de programas de lecturario sobre un tipo de textos, los *scholarly casebooks*, trabajados como *stories*. La aplicación a los *casos* de una técnica de lectura que los presenta como *historias* (*reading stories*) sirve con beneficio para dar a conocer e identificar, desde el propio armazón con que el conflicto se narra (*Storytelling*), el argumento maestro de la respuesta. Cuando esas *related stories* alcanzan *landmark status* la comprensión literaria del *Constitutional law* se traduce en *analysis & opinion on top stories* (o *more popular stories*). A título de ejemplo, Daniel A. Farber et al., *Cases and Materials on Constitutional Law: Themes for the*

Constitution's Third Century,⁵ o la edición por Michael C. Dorf de *Constitutional law stories*.⁶

2.2.- Como *fictional canon*

L. H. LaRue ha elevado a rango de *ficción* el *landmark status* en las *top stories* de los *casebooks*.⁷ Al analizar el arte de

⁵ Daniel A. Farber - William N. Eskridge Jr., & Philip P. Frickey, *Cases and Materials on Constitutional Law: Themes for the Constitution's Third Century*, St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1993 (3ª ed. 2003). Véase también el comentario de William A. Kaplin "Problem Solving and Storytelling in Constitutional Law Courses", *Seattle Law Review* 21 (1998), pp. 101 y ss. (asimismo en Steven Friedland - Gerald F. Hess, *Teaching the Law School Curriculum*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2004, pp. 97-98). Igualmente, Daniel A. Farber - Susanna Sherry, "Legal Storytelling and Constitutional Law: The Medium and the Message", en *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in The Law*, Peter Brooks - Paul Gewirtz (eds.), New Haven, Conn.: Yale University Press, 1996, pp. 37-56.

⁶ *Constitutional law stories*, Michael C. Dorf (ed.), New York: Foundation Press Inc., 2003 [2ª ed. 2009].

⁷ Lewis Henry LaRue, *Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority*, University Park Pa.: Pennsylvania State University Press, 1995, en esp. pp. 8-31. LaRue lee y analiza la *opinion* del Justice Black en el caso *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing*; solicitud del Estado de New Jersey para el reembolso con fondos públicos de los gastos de transporte escolar de una escuela católica privada. Asimismo el caso *Marbury v. Madison* y las técnicas retóricas en las opiniones del Chief Justice John Marshall. Véase también Daniel J. Solove, "Fictions about Fictions", *Yale Law Journal* 5 105 (1996), pp. 1439-1444; Lief Carter, "Supreme Fictions: L. H. LaRue's Constitutional Law as Fiction", *Law and Social Inquiry* 21, 4 (1996), pp. 1061-1075; Winnifred Fallers Sullivan, "Finding a True Story of American Religion: Comments on L. H. LaRue's Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority", *Washington & Lee University Law Review* 53 (1996), pp. 981-994.

La opinión del Justice Hugo Black en *Everson v. Board of Education of the*

contar historias jurídicas (*the art of storytelling in the law*) observa que las *judicial opinions* son, en su mayor parte, *stories* que cabe reputar como un *example of literary fiction*.⁸ Así, lo constitutivo del Derecho, como también lo más propio de la narrativa jurídico-constitucional, es esencialmente su empeño retórico. Derecho y Retórica, asumiendo con ello un típico planteamiento del *interdisciplinary legal criticism*, pertenecen a un mismo género, se insertan en una misma área de conocimiento.⁹ El papel retórico que la ficción juega en la narrativa del Derecho constitucional evidencia que no es posible contar una historia únicamente trasladando la simple descripción de los “hechos”;¹⁰ una auténtica historia es el resultado del ajuste a ciertas convenciones narrativas, y es a través de ese proceso de *ficcionalización* donde se produce la *construcción y dación de sentido*.¹¹ A la postre, LaRue

Township of Ewing [330 US 1 (1947)] accessible a través de http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0330_0001_ZO.html.

La opinión del Chief Justice of the United State John Marshall en *William Marbury v. James Madison*, Secretary of State of the United States [137 US (1 Cranch) 5 (1803)], accessible a través de: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html. Vid. también Michael W. McConnell, “The Story of *Marbury v. Madison*: Making Defeat Look Like Victory”, en Michael C. Dorf (ed.), *op. cit.*, pp. 13-31.

⁸ Lewis Henry LaRue, *op. cit.*, p. 2.

⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 13-14.

¹¹ Por mi parte, he defendido en *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Madrid: Tecnos, 1993 (2ª ed. 1998); *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Barcelona: Edit. Ariel, 1996; *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga: Editorial Ágora, 1996 (2ª ed. cor. y aum. 2002), *Octroi de sens. Exercices d’interprétation juridique-narratif*, Québec (Canada): Les Presses de l’Université Laval, 2008 y “La controversia fáctica. Contribución

defiende que los jueces –en sus resoluciones y dictámenes constitucionales– no deberían renunciar a la *ficción*, sino aplicarse en su perfeccionamiento y optimización, entre otros motivos porque sus *ficciones* persuaden a quienes las leen y analizan y, a falta del patrocinio que esa persuasión brinda, la autoridad del Derecho en buena medida acabaría desvaneciéndose.

Un derecho constitucional sin ficciones sería, pues, un derecho pálido y exangüe.

2.3.- Como *foundational hypothetical narrative or myth*

Consecuencia de lo anterior, si no más bien su necesario presupuesto, el Derecho constitucional va formulado como una narrativa fundacional hipotética o mito. La estructuración de las ficciones y su interconexión remite a un referente fundacional histórico-real: *The Founding Fathers*. Lo determinante, sin em-

89

al estudio de la *quaestio facti* desde un enfoque narrativista del Derecho”, en Id. (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, cit., pp. 363-389 [asimismo como “El modelo de controversia fáctica en la audiencia preliminar. Una visión narrativista acerca de qué y cómo conocemos sobre los hechos en litigio”, en *Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (Buenos Aires) VI, 6 (2008), pp. 191-222; “La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde un enfoque narrativista del Derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Valparaíso. Chile), 26 (2008), pp. 221-256, y “A controvérsia fáctica: contribuição ao estudo da *quaestio facti* a partir de um enfoque narrativista do Direito”, en *Direito & Literatura: discurso, imaginário e normatividade*, André Karam Trindade - Roberta Gubert - Alfredo Copetti Neto (org.), Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010, pp. 237-268], que el otorgamiento de sentido a un significado es siempre un artificio, una inventiva, un artefacto, una invención; es *ars inventa disponiendi*.

bargo, no es su realidad/historia, sino su imaginación/ficción. La referencia *founding fathers* ha sido ficcionalizada, es decir, sometida a un sistema de reglas o *relato* y concretada en una *trama* y así, una vez hecha narrativa, se ha transformado en un constructo¹² cuya función es suministrar legitimación *ante res* como *pre-logos*, como *mytho*. Para reavivar y vigorizar el Derecho constitucional –y la autoridad que le viene reconocida a virtud de su capacidad de respuesta ante nuevos desafíos–¹³ determinadas técnicas interpretativas, por ejemplo el *originalism* (*original understanding*, o *framers intent*),¹⁴ proceden a encontrar *el origen de lo que las cosas son* en la resucitación *narrativa* (*explicit*) de la ficción originaria (*implicit*). La *mitología* que la apelación *founding fathers* despierta en el imaginario colectivo es de ese modo la *constitutive story* que

¹² Para Tzvetan Todorov la narratividad es el punto de unión o articulación sémica (*yunción*) donde se borran las categorías oposicionales (*conjunción/disjunción*) discurso histórico (patrón discursivo para lo que es real) y discurso fictivo (patrón discursivo para lo que es ficcional): “Les catégories du récit littéraire”, *Communication* 8 (1966), pp. 125-151, en esp. p. 127.

¹³ Véase David L. Faigman, *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*, New York: Oxford University Press, 2008, abordando la problemática sobre cómo habrían de incorporarse nuevos hechos (physician-assisted suicide, abortion, sexual predators, free speech, and privacy) a las decisiones constitucionales a fin de permitir que la Constitución soporte (to endure) el paso del tiempo.

¹⁴ Robert H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York: The Free Press/Macmillan, 1990. Véase también H. Jefferson Powell, “The Original Understanding of Original Intent”, *Harvard Law Review* 98, 5 (1984), pp. 885-948. Asimismo Pablo De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, para discusión de las tesis de la semántica del emisor y sus riesgos de objetivismo metaético, y de la intención autoritativa, preferible aunque insatisfactoria.

hace de *support* a la existencia institucional presente y el arraigo de su durabilidad. El mecanismo con que esa mitología actúa consiste en curvar hasta una completa y perfecta circularidad la línea de tiempo: hace lo nuevo con lo viejo, de donde lo viejo es nuevo de nuevo. El resultado (*the amendment in the Constitution*) engendra una revalidación del *precompromiso* ético-político sobre la intangibilidad formal del texto constitucional, no obstante haber sido *reformulado*.¹⁵

¹⁵ Las reservas hacia la interpretación originalista en la eficacia revalidante de un *precompromiso* que en gran medida carecía de suficiente formalización textual son de amplísima gama. En el sentir de Bruce Ackerman, definido liberal, el constitucionalismo estadounidense del s. XX era ya *radicalmente otro* al de los orígenes: cfr. *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991, y *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998. Es decir, su posición equivalía a sostener que el *explicit narrativo* no era tanto una *re-versión* del *implicit narrativo* del texto original, como su *in-versión*. De manera aún más tajante algún autor avanzó *un-paso-más-allá* de sólo aceptar en mayor o menor medida la índole del déficit de formalización textual que el originalismo intentaba –con mejor o peor fortuna narrativa– resolver o paliar. Su planteamiento negó la posibilidad misma de una *narrativa fundacional* y, por tanto, también de cualquier *implicit*. Habló entonces de *Constitución no escrita*: Thomas C. Grey, “Do We Have an Unwritten Constitution?”, *Stanford Law Review* 27 (1975), pp. 703-718 [incluido ahora en *A Constitutional Law Anthology*, Michael J. Glennon - Donald E. Lively - Phoebe A. Haddon - Dorothy E. Roberts & Russell L. Weaver (eds.), Cincinnati, Ohio: Anderson Publishing Co., 1992 (1997 2ª ed.)] y “Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in America Revolutionary Thought”, *Stanford Law Review* 30 (1978), pp. 843-893. Esta posición podría valer por/ o tanto como *extra-versión* y hasta *a-versión* textual.

Sobre la idea de esta mitología, o mejor ideología de este mito (o cualquiera otros mitos y utopías, y todos ellos),¹⁶ como acerca de los tributos que imponía e igualmente las cargas de que

¹⁶ Véase desde la antropología jurídica la aportación de Bruce Kapferer, *Legends of people, myths of state: violence, intolerance, and political culture in Sri Lanka and Australia*, Washington & London: Smithsonian Institution, 1988. También, en general, Peter Fitzpatrick, *The mythology of modern law*, London - New York: Routledge, 1992 [*La mitología del Derecho moderno*, trad. de N. Parés, México - Madrid: Siglo XXI, 1998]. Asimismo, y más específicamente, los trabajos sobre *Irish constitutional discourse* de Patrick Hanafin, "Building in the Imagi(ned) nation: An Essay inspired by W.B. Yeats *Meditations in Time of Civil War*", *Liverpool Law Review* 23, 2, (2001), pp. 223-230; [junto a Barry Collins], "Mothers, Maidens, and the Myth of Origins in the Irish Constitution", *Law and Critique* 12 (2001), pp. 53-73; "Constitutive Fiction: Postcolonial Constitutionalism in Ireland", *Penn State International Law Re-view* 20, 2, (Winter 2002), pp. 339-361, y "Constitutional (u)Topology: Situating the Belfast Agreement", en *Critical Beings: Law, Nation and the Global Subject*, Peter Fitzpatrick & Patricia Tuitt (eds.), Aldershot: Ashgate Publishing Co., 2204, pp. 101-118. Igualmente *Constituting Identity: Political Identity Formation and the Constitution in Post-Independence Ireland*, Patrick Hanafin (ed.), Aldershot: Ashgate Publishing Co., 2001. En lengua portuguesa destacar las obras de Paulo Ferreira da Cunha, *Mito e Constitucionalismo. Perspectiva conceitual e histórica*, Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XXXIII, 1990, y *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra: Unversidade de Coimbra - Coimbra Editora, 1996. Véase igualmente el análisis de esta posición doctrinal en Fábio Nadal, "Mito e Utopia no pensamento de Paulo Ferreira da Cunha", en Id., *A Constituição como mito. O Mito como Discurso Legitimador da Constituição*, apresentação de Dimitri Dimoulis, prefácio de André Ramos Tavares, São Paulo: Editora Método, 2006, pp. 117 y ss. A su vez, sobre la importancia del concepto de mito en el análisis del discurso jurídico, entendido en la obra de Nadal "como estrutura que não se submete a nenhuma regra lógica ou continuidade" (p. 89) y construido con claro apoyo en las teorías estructuralistas de Claude Lévi-Strauss, consúltese también la reseña elaborada por Milena Carla Azzolini Pereira en *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (São Paulo) 57 (2006), pp. 379-380.

liberaba, la obra de Robert Cover,¹⁷ tantas veces irritante o demasiado incómodo, contiene sin embargo una observación feliz y eficazmente provocadora. Esa narrativa fundacional hipotética o mito –o *épica constitutiva* como prefiere llamarla Cover–¹⁸ que desarrolla la interactividad y los puntos de intersección *law & story* en el texto constitucional, no necesariamente produciría prolongación del temporo-textual mediante el cerramiento circular de aquél, sino que también podría abrir ejes de fuga (contra-narrativas)¹⁹ para divergir o re-converger a nuevos textos. A

¹⁷ Véase *Narrative, Violence, and the Law: The Essays of Robert Cover*, Martha Minow - Michael Ryan & Austin Sarat (eds.), Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993, en esp. “The Supreme Court 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative” (1983) [asimismo recogido en *Constitutional law and its interpretation*, por Jules L. Coleman & Anthony James Sebok (eds.), New York: Garland Pub., 1994, pp. 506-570] y “Violence and the Word” (1986). De ambos ensayos, existe trad. y ed. de Christian Courtis: Robert Cover, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, Barcelona: Edit. Gedisa, 2002. Sobre ésta mi resección en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid) XXII (2005), pp. 445-450.

¹⁸ “Prescriptive texts change their meaning with each new epic we choose to make relevant to them. Every version of the framing of the Constitution creates a ‘new’ text in this sense” (Robert Cover, “Nomos and Narrative”, en *Narrative, Violence, and the Law*, cit., p. 98 footnote 11), o “Los textos prescriptivos cambian su significado con cada nueva épica que decidimos tomar relevante frente a ellos. En este sentido, cada versión de la redacción de la constitución crea un ‘nuevo’ texto”, en Robert Cover, *Derecho, narración y violencia*, cit., p. 16 nota 4. Así, por tanto, si la adopción de enmiendas puede verse como la creación de nuevos textos, es la oportunidad para *di*-versiones textuales.

¹⁹ Véase con enfoque más socio-jurídico Patricia Ewick - Susan S. Silbey, “Subversive stories and hegemonic tales: toward a sociology of narrative”, *Law & Society Review* 29 (1995), pp. 197-226, y “Narrating Social Structure: Stories of Resistance to Legal Authority”, *American Journal of Sociology* 109, 1 (May

la narrativa fundacional hipotética, mítica o *épica constitutiva* atañen, en efecto, tanto los tributos que impone como las cargas de que libera. “Toda constitución –escribe Cover– tiene una épica [...] Cuando se lo entiende en el contexto de las narraciones que le dan sentido, el derecho deja de ser un mero sistema de reglas a ser observadas, y se transforma en un mundo en el que vivimos”.²⁰ *Rules, principles, formal institutions y conventions* representan sólo una pequeña parte del universo normativo, y no existen separadas de las narrativas que les otorgan sentido. Así pues, la combinación *nomos & narration* es la creación del mundo (*world-creating*) constitucional; o lo que es igual, más que sistema de normas que debe respetarse, la Constitución es el mundo en que vivimos, y el centro de la vida.

94

Pienso, por extensión, que cuando se hable de la naturaleza de la autoridad que posee la voz y el mensaje narrativo expresado desde el texto en sí, no habremos de referirnos únicamente al relato de la voz y el mensaje que persona a través una máscara normativa, sino más bien a la narración de la autoridad en él mimetizada. La autenticidad de ese otro tipo de *auctoritas*, y la *potestas* de que podrá disfrutar, estará en su capacidad de contagio vital de la comunidad al suspender la incredulidad con el acto narrativo fundacional. Narración y vida constitucional están asociadas la una a otra de manera inescindible.

2003), pp. 1328-1372 [asimismo en *Ethnography and law*, Eve Darian-Smith (ed.), Burlington, VT: Ashgate, 2007, pp. 315-362].

²⁰ Robert Cover, *Derecho, narración y violencia*, cit., p. 16. “For every constitution, there is an epic [...]. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live”; *Narrative, Violence, and the Law*, cit., pp. 95-96.

3.- Narrativa en las instituciones constitucionales. Últimos episodios

El voluminoso y abrumador repertorio temático y bibliográfico disponible para un enunciado semejante recomienda llevar a cabo algunas puntualizaciones.

En el sintagma “instituciones constitucionales” habrán de tenerse por razonablemente excluidas las narrativas sobre estructura de la esfera política, de tratamiento más apropiado desde la Ciencia Política, si bien la incursión en algunas de sus áreas no siempre podrá ni debería evitarse.²¹ De hecho, así sucedería de conducir el recorrido de esta *guía de campo* hacia la noción de *Government* como *régimen político*.²² La transversalidad de las narrativas que su contenido alberga explicaría bien esta elección. Igualmente en lo tocante a *public policy*, o también a *preconditions* del *political establishment* y *anti-political establishment*. No obstante, creo que en tal caso la *guía de campo* arriesgaría perder su objetivo último; evitar extravíos de *campus*.

95

²¹ Véase Ronald F. King - Thomas S. Langston, “Narratives of American Politics”, *Perspectives on Politics* 6, 2 (2008), pp. 235-252, quienes articulan cuatro diferentes modelos narrativos: *comedy*, *romance*, *tragedy*, e *irony*.

²² Véase Mark Bevir - R. A. W. Rhodes, “Les récits du régime politique britannique”, *Revue française de Science politique* 49, 33 (juin 1999), pp. 355-377. Asimismo Mark Bevir - R. A. W. Rhodes, “Narratives of *thatcherism*”, *West European Politics* 21, 1 (january 1998), pp. 97-119. Y en *suite*, también R. A. W. Rhodes, “Blair and Governance”, en *Public Governance and Leadership. Political and Managerial Problems in Making Public. Governance Changes the Driver for Re-Constituting Leadership*, Rainer Koch - John Dixon (eds.), Wiesbaden: DUV (Deutscher Universitäts Verlag) Glaber Edition Wissenschaft, 2007, pp. 96-106.

Es seguro que la parquedad de estas precisiones socorre en poco a recrecer la sucinta información aportada, que incluso acentúa su limitación. Confío que el desarrollo del epígrafe soslaye esta laguna preambular, y el sedimento de su contenido la colmate.

3.1.- Constitutional Law Interpretation: *Juricentric Constitution vs. "Juriperipheral Constitution"*

Me parece prudencial e instructivo comenzar lo primero anotando las consideraciones expuestas por Robin West acerca de la romántica insistencia y regocijo en que, a través del constitucionalismo procedimental (*procedural constitutionalism*), contemplado como narrativa, Poder y Derecho confluyen.²³ Sus argumentos incumbían a la pretensión de principalismo neutralista (*neutral-principles*) expuesta por Herbert Wechsler (1909-2000) en *Toward Neutral principles of Constitutional Law* (1959),²⁴ así como a determinados pasajes en *The morality of law* (1964),²⁵ de Lon L. Fuller (1902-1978). West por su parte reclamaría un dife-

²³ Véase Robin West, *Narrative, Authority, and Law*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993, pp. 364-370.

²⁴ Herbert Wechsler, "Toward neutral principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review* 73 (1959), pp. 1351 y ss, ahora en *Judicial review and judicial power in the Supreme Court*, Kermit L. Hall (ed.), New York: Garland Pub, 2000, pp. 379-413. Existe trad. española de Miguel Azpitarte Sánchez, "En pos de los principios neutrales en el Derecho Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 4 (Julio-Dic. 2005), pp. 555-584. Véase también en la producción de Wechsler *The Courts and the Constitution*, Athens: University of Georgia, School of Law, 1965.

²⁵ Lon L. Fuller, *The morality of law*, New Haven: Yale University Press, 1964.

rente punto de vista representado en lo que denominó *progressive constitutionalism*.²⁶

A día de hoy, la discusión en torno a los *principios* sigue involucrando problemas que no han rebasado los debates sobre constitucionalismo y teoría de la Democracia²⁷ (Ackerman, Dworkin, *et al.*), como de igual modo sucede también en Europa (neoconstitucionalismo), al menos en gran parte. Pero es también posible observar que, no obstante permanecer imbricadas a tales cuestiones, desde ellas se abren ramales a otras polémicas. Por ejemplo, la que, a mi juicio, se corresponde con temáticas de metodología interpretativa de la Constitución. Allí se reabre la discusión sobre los principales métodos de interpretación constitucional —*original intent, original meaning, abstract principialism*— introduciendo un nuevo, y decisivo factor: la *judicial supremacy* de la Corte Suprema como *textualism*.²⁸

²⁶ Robin West, *Progressive Constitutionalism*, Durham, NC: Duke University Press, 1994.

²⁷ Bruce Ackerman, “Constitutional politics/constitutional law”, *Yale Law Journal* 99 (1989), pp. 435-547, ahora en Id., *We the People. Transformations*, cit, y Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1977, y *Matter of principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.

²⁸ Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. An essay*; with commentary by Amy Gutmann [*et al.*], Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997, en esp. Antonin Scalia, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, pp. 3-48.

3.2.- Constitutional judicial interpretation: *between romantic narrative, fuzzy fiction, and ascetic narrative*

La mítica de la *foundational hypothetical narrative*, con toda su variable versatilidad narrativa de *re-versión/in-versión* y de *di-versión*, se innova en *re-con-versión*. La narrativa del Constitutional Law inaugura un nuevo relato acerca del alcance interpretativo de la Corte Suprema: el relato de una *Juricentric Constitution*²⁹ frente al que, por oposición, propongo llamar como “*Juriperipheral Constitution*”.

Si en otro momento la clásica o más tradicional metodología interpretativa mereció el título de *romantic narrative*, y si al *abstract principalism* podría caberle uno de tanta tradición russelliana y vanguardismo literario³⁰ como el de *fuzzy fiction*, para el actual *textualism* no se me ocurre mejor apelativo que *ascetic narrative*.

98

Este cambio de tendencia narrativa comporta quizás la más profunda transformación experimentada en el Derecho constitucional comparado del s. XX.

4.- Guía de campo. *Coda*

Esta *guía de campo* pretende haber ofrecido una herramienta de fácil manejo para investigadores interesados en la ges-

²⁹ Véase Robert C. Post - Reva B. Siegel, “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, *Indiana Law Journal* 78, 1 (2003), pp. 2-46.

³⁰ Véase Jean-Louis Hippolyte, *Fuzzy Fiction*, Lincoln: University of Nebraska Press, 2006.

ción de contenidos interdisciplinarios que permita saber dónde aparecen y se sitúan en el extenso panorama del *Constitutional Law* norteamericano tópicos de teoría literaria, así como para identificar a nivel general los principales argumentos disponibles. Y es también una herramienta para el aprendizaje.

Por último, a razón de *coda*, se reclama a modo de inventario *regional* en el proyecto de ir elaborando un *atlas* de *Teoría literaria del Derecho*.

Este libro se terminó de imprimir en mayo de 2016,
en los talleres gráficos de la imprenta Servicios Gráficos JMD S.R.L.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.

Karikatur der Woche.

Prof. Dr. Hans Kelsen.

wurde in dem neuen Verfassungsgerichtshof zum Mitglied nicht ernannt, wiewohl er der Schöpfer dieser höchsten Gerichtsbarkeit ist.



— Ja, aber Herr Professor, was wollen Sie denn in dem entpolitisierten Verfassungsgerichtshof? Sie sind doch nur eine Autorität, aber kein Parteimann.

ISBN: 978-612-46954-5-2



9 786124 695452