

# De la muerte del autor a la muerte del legislador. La interpretación constitucional desde el derecho como literatura

## From the Death of the Autor to the Death of the Lawmaker: Constitutional Interpretation from Law as Literature

### Autor:

Francisco J. Campos Zamora  
Universidad de Costa Rica  
foccampos@gmail.com

Recibido: 6-4-2020

Aceptado: 26-8-2020

### Citar como:

Campos Zamora, Francisco J., (2021). De la muerte del autor a la muerte del legislador. La interpretación constitucional desde el derecho como literatura *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, pp. 159-188. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.07>

### Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Francisco J. Campos Zamora

Francisco J. Campos Zamora

### Resumen

La finalidad del presente trabajo es mostrar cómo los estudios interdisciplinarios entre los campos del derecho y la literatura pueden contribuir con el debate, en torno a la interpretación jurídica y al papel de aquello que realmente tienen los operadores jurídicos en la decisión de cuestiones constitucionales. En un primer momento, se reseñan los posibles puntos de encuentro entre derecho y literatura, así como las distintas manifestaciones que estos pueden adoptar. Luego, desde el derecho como literatura, se examina la propuesta semiológica de Roland BARTHES, específicamente su teoría acerca de «La muerte del autor». Finalmente, se muestra cómo el instrumental por él acuñado constituye una de las herramientas, que mejor describe la mecánica de la actual interpretación constitucional en algunos ordenamientos jurídicos, desembocando en lo que denominaremos como «La muerte del legislador».

**Palabras clave:** Derecho y literatura; interpretación constitucional; muerte del autor; muerte del legislador.

### Abstract

The purpose of this paper is to show how interdisciplinary studies between the fields of law and literature can contribute to the debate on legal interpretation, and to the role of what legal operators actually do when deciding constitutional issues. First, we will review one of the possible meeting points between law and literature —i.e. law as literature— and we will examine Roland Barthes' semiological proposal, specifically his theory about «The Death of the Author»; from there on, we will show how the ideas and concepts he coined constitute one of the tools that best describe the mechanics of the current

constitutional interpretation in some legal systems. This will lead to what we will call «The Death of the Lawmaker».

**Keywords:** Law and Literature; Constitutional Interpretation; Death of the Author; Death of the Lawmaker.

La escritura es la destrucción  
de toda voz, de todo origen.

Barthes

La hermenéutica es el arte de  
extraer de un texto precisamente  
aquello que no se encuentra en él.

Marquard

## 1. DOS RELATOS EN CLAVE DE INTERPRETACIÓN

**E**n *Historias del Talmud* BIN GORION relata *El horno de Ajnai*, una discusión entre el Rabí Eliezer Ben Hyrkanos y otros sabios con respecto de la pureza o impureza de un horno de acuerdo con la interpretación de la ley. El Rabí Eliezer lo tenía por puro; los sabios, por impuro:

«En ese día el Rabí Eliezer hizo valer todos los argumentos ordinarios posibles, pero no pudo hacer cambiar de opinión a sus compañeros. Entonces, probablemente perdiendo la paciencia sentenció: ¡Si la Ley es tal como yo la enseño, este algarrobo será mi testigo! Y se cuenta que, al instante, el árbol se movió cien metros (otros informan que cuatrocientos) del sitio en que estaba plantado. Pero los sabios, sin inmutarse respondieron: ¡Un árbol no es testigo con arreglo a la Ley!

Entonces el Rabí Eliezer dijo: ¡Si lo que yo enseño es correcto, este río me dará la razón! Y se dice que al momento el agua corrió en sentido contrario. Con todo, los sabios respondieron: ¡La corriente del agua no es un medio de prueba!

De nuevo tomó la palabra el Rabí Eliezer y exclamó: ¡Si las cosas son, como yo afirmo, entonces las paredes de esta casa hablarán por mí! Entonces, cuenta la historia que se doblaron las paredes y amenazaron con derrumbarse, ante lo cual el Rabí Josua las increpó diciendo: ¿Si los Maestros disputamos sobre la interpretación de la Ley, que interés tenéis en el asunto? Y se dice que las paredes dejaron de inclinarse por respeto al honor del Rabí Josua; pero tampoco volvieron a su lugar, por respeto al honor del Rabí Eliezer.

Entonces el Rabí Eliezer dijo: ¡Si la Ley es como yo la enseño, entonces el cielo hablará por mí y será mi testigo! Entonces se dejó oír una gran voz que sentenció: ¿Qué tenéis en contra del Rabí Eliezer? ¡La Ley es ciertamente como él la enseña! A lo que el Rabí Josua, poniéndose de pie, respondió: ¡La Ley no se encuentra ya en el cielo! Con ello deseaba dar

a entender que la Tora le fue dada al pueblo de Israel en el monte Sinaí, por lo que no se encontraba más en las alturas. Y agregó: «Está escrito en la Tora, a la mayoría deberás seguir»<sup>1</sup>.

BORGES, igualmente, en su obra *Ficciones*, presenta uno de sus relatos más fascinantes, *Pierre Menard, autor de El Quijote*. Menard, un escritor francés del siglo xx, produce una obra que coincide textualmente con los capítulos noveno y trigésimo octavo de *El Quijote* de Cervantes:

«El texto de Cervantes y el de Menard son verbalmente idénticos, pero el segundo es casi infinitamente más rico. (Más ambiguo, dirán sus detractores; pero la ambigüedad es una riqueza.) Es una revelación cotejar el *Don Quijote* de Menard con el de Cervantes. Este, por ejemplo, escribió en la primera parte, noveno capítulo:

*... la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir.*

Esa enumeración, redactada en el siglo diecisiete, por el “ingenio lego” Cervantes, es un mero elogio retórico de la historia. Menard, en cambio, escribe:

*... la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir.*

La historia, madre de la verdad; la idea es asombrosa. Menard, contemporáneo de William James, no define la historia como una indagación de la realidad sino como su origen. La verdad histórica, para él, no es lo que sucedió; es lo que juzgamos que sucedió. Las cláusulas finales “*ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir*” son descaradamente pragmáticas<sup>2</sup>.

Estos relatos representan más que una simple ficción y, a lo largo de la historia, es posible encontrar numerosos ejemplos de disputas con respecto a textos que pueden ser interpretados, no solo de formas distintas sino incompatibles. El sentido original, asignado por el autor, deja de ser relevante y se despliegan nuevas e inesperadas posibilidades hermenéuticas<sup>3</sup>, como señaló KIERKEGAARD, porque los conceptos, al igual

1. BIN GORION, 1964: 127. Esta historia ha sido analizada también por Scott SHAPIRO, en su artículo «Authority», publicado en el *Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*.

2. BORGES, 2000: 52, 53. El lenguaje, y sus infinitas posibilidades, es uno de los temas universales en la obra filosófica literaria de Jorge Luis BORGES. Algunas otras historias en que analiza el tema del lenguaje son «El idioma analítico de John Wilkins», «Tlön, Uqbar, Orbis Tertius», «La escritura del dios», «El idioma de los argentinos», «El espejo y la máscara», etc. La lista podría extenderse fácilmente.

3. Véase la exégesis del «Decreto de Graciano» (*Decretum Gratiani*) —primera parte del «Cuerpo del Derecho canónico» (*Corpus Iuris Canonici*)— el cual sirvió de modelo a los juristas occidentales del siglo xii para reemplazar leyes bárbaras, que a menudo implicaban juicio por ordalías, por un modelo basado en reglas racionales. El decreto exponía en su canon 11, distintio 96: «Los emperadores están subordinados con respecto a los pontífices de la Iglesia y no se encuentran sobre ellos» (*Imperatores debent Pontificibus subesse, non preesse*). La interpretación del texto pretendía legitimar la hegemonía del Papado sobre el Imperio. La excomunión del emperador Enrique IV por parte del Papa Gregorio VII simbolizó claramente esta lucha por la primacía. El texto, sin embargo, no provenía del siglo xii, sino del siglo v, de una carta que el Papa Gelasio I envió al emperador Anastasio. La situación histórica y las relaciones entre el Imperio y el Papado en esa época, eran totalmente distintas a las de la Alta Edad Media. Después de la conversión de Constantino, la Iglesia se había entregado a manos del nuevo y poderoso protector de la fe cristiana. Unos siglos después, el Papa Gelasio I

que los individuos, poseen su propia historia y, al igual que estos, son incapaces de resistirse al poder del tiempo<sup>4</sup>.

Esto se debe, como apuntó ESSER, a que la comprensión de los textos depende, en última instancia, de los conocimientos previos, suposiciones, prejuicios, temores y deseos, en resumen, de las distintas «precomprensiones» (*Vorverständnisse*) de los intérpretes, sea por el cambiante e impredecible «espíritu de la época» (*Zeitgeist*)<sup>5</sup>; o bien, simplemente, por la metodología empleada; que pretende destacar determinados sentidos, nunca de forma inocente, al tiempo que oculta otros, según los intereses del operador jurídico. En síntesis, no existe tal cosa como una interpretación pura o libre de las circunstancias del propio texto o de sus intérpretes<sup>6</sup>.

Tanto *El horno de Ajnai* como *Pierre Menard, autor de El Quijote* uno desde la tradición hebraica, el otro, desde la literatura, enfrentan con algunos de los temas más complejos de la interpretación. Pretendemos colocar el acento sobre la desacralización de la figura del autor y su dominio sobre el texto, con el objetivo de arrojar un poco de luz a interrogantes como ¿De cuánto poder goza el *autor* frente a su obra?, ¿dónde se encuentran los límites y anclajes de la *interpretación*?, ¿a partir de dónde la interpretación deja de serlo para convertirse en *creación* del lector? Estas preguntas, relevantes para las distintas ramas del derecho, cuando por *interpretación, autor y creación* se hace referencia a los de naturaleza jurídica, han recorrido un extenso camino a lo interno del movimiento «derecho y literatura», muy especialmente por parte de las teorías que tienen por objeto el análisis literario. Parece que muchos juristas no se han dado por enterados o simplemente no desean tener nada que ver con ello, a pesar de que el movimiento no puede ser definido como nuevo y goza de un creciente interés, particularmente, en el mundo anglosajón.

La finalidad de este estudio es mostrar cómo la literatura, especialmente algunos instrumentos propios de la teoría literaria, pueden contribuir con el debate acerca de la interpretación jurídica, la discusión sobre la pluralidad de sentidos de un mismo texto, el papel de los autores de las normas jurídicas y, sobre todo, la práctica de aquello, que los operadores jurídicos quienes deben enfrentarse con normas, tanto ordinarias como constitucionales, realmente hacen y no, lo que afirman hacer.

Se reseñan los posibles puntos de encuentro entre el derecho y la literatura, así como las distintas manifestaciones que pueden adoptar. Luego, desde el derecho como literatura, se examina el pensamiento de Roland BARTHES CON respecto a la teoría de la interpretación, específicamente, su propuesta acerca de «La muerte del autor» (*La*

---

reconoce que existe un núcleo central interno en las cuestiones de la Iglesia, el cual debe ser defendido de los ataques e intromisiones del emperador, nunca quiso un dominio sobre los gobernantes, sino un espacio donde la Iglesia pudiera llevar a cabo su misión sin ser perturbada. Cf. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, 2016: nota al margen 173, WOODS, 2005: 191 y BERMAN, 1983: 143 ss.

4. KIERKEGAARD, 1929: 3.

5. ESSER, 1970. GADAMER, 2010.

6. FRANK, 1949: 3 ss. ORTEGA Y GASSET señaló en su obra *Meditaciones del Quijote* que «Yo soy yo y mi circunstancia» algo muy similar puede afirmarse sobre las interpretaciones que llevamos a cabo con respecto a los más diversos textos, «Mi interpretación depende de mi circunstancia». Véase ORTEGA Y GASSET, 1984: 25.

*mort de l'auteur*), presente en algunos de sus trabajos más importantes. Finalmente, se muestra cómo esa muerte del autor ya gozaba de su propio lugar en el discurso jurídico, bajo la forma que denominaremos «La muerte del legislador», y que el instrumental teórico acuñado por BARTHES constituye una de las herramientas, la cual mejor describe la mecánica de la actual interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico alemán.

## 2. CINCO PUENTES ENTRE EL DERECHO Y LA LITERATURA<sup>7</sup>

Quienes estén convencidos de que el derecho es solo un asunto que guarda relación con las disposiciones normativas, la inspiración moral tras estas o la práctica de los jueces, no encontrarán coherente, relevante o interesante las propuestas del movimiento Derecho y Literatura. Por el contrario, si no resulta extraño que el derecho mantenga relaciones con otras disciplinas, como señala OST<sup>8</sup>, se pueden encontrar algunos puntos de encuentro para el establecimiento de diálogos.

Los estudios sobre derecho y literatura han aumentado<sup>9</sup>, a partir de la obra de BOYD WHITE «La imaginación jurídica» (*The Legal Imagination*)<sup>10</sup> y la mayoría de las facultades de jurisprudencia, en los Estados Unidos de América, ofrecen cursos sobre la materia. Ello se debe al reconocimiento de que la escritura, junto con la retórica y la argumentación, es una habilidad importante que se debe enseñar<sup>11</sup>. El interés por la escritura viene acompañado de un interés por el lenguaje, la selección de palabras, la metáfora y la narrativa. Una segunda razón para ese acercamiento consiste en que la literatura puede ofrecer una forma diferente de pensar el lenguaje del derecho, al desafiar las representaciones convencionales y mostrar el deslizamiento entre los significados

7. El tema ya ha sido tratado de excelente forma por Carlos PÉREZ VÁZQUEZ en su trabajo *Derecho y literatura* publicado en 2006 por Isonomía, así como por François OST en la obra colectiva *Derecho & Literatura* publicada en el 2017 por editorial Libitum.

8. OST, 2006: 334.

9. Además del trabajo de James BOYD WHITE otras obras destacadas son *A List of Legal Novels* de John Henry WIGMORE, *Law and Literature* de Benjamin CARDOZO, *Law and Literature* de Richard A. POSNER, *Poetic Justice* de Martha NUSSBAUM, *Literature and The Law* de Thomas MORAWETZ, *Crossing Borders. Law, Language and Literature* editado por François OST y Jeanne GAAKEER y la excelente compilación *Law and Literature* editada por Lenora LEDWON. Sumado a lo anterior, la Benjamin N. CARDOZO School of Law, edita la revista *Law and Literature*, y Oxford University Press cuenta con una colección referida a *Law and Literature*. En el ambiente hispanoparlante debe destacarse la figura de José CALVO GONZÁLEZ autor de múltiples investigaciones sobre el tema, la principal su libro *Derecho y narración: materiales para una teoría crítica y narrativista del derecho*, la obra *Derecho & Literatura. El derecho en la literatura* editada por Óscar Enrique TORRES, *Derecho y literatura* de Carlos PÉREZ VÁZQUEZ, *Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja* de Enrique E. MARÍ, y *Derecho y Literatura* de María José FALCÓN Y TELLA.

10. BOYD WHITE, 1973.

11. Esto es algo que parece que las firmas de abogados han comprendido antes que la academia. LEDWON menciona que cuando consultó a un amigo acerca del consejo que daría a los estudiantes de derecho la respuesta fue contundente: «Diles que si no saben escribir no se hagan abogados». LEDWON, 1996: X. Sobre el tema véase CALVO GONZÁLEZ, 2012: 363-372.

inherentes a cualquier sistema de signos<sup>12</sup>, poniendo en entredicho el mito de las respuestas únicas y evidentes<sup>13</sup>.

La conexión entre derecho y literatura puede contribuir a convencer a los juristas de su condición de escritores, en consecuencia, comunicar sus ideas con mayor claridad. Las expresiones oscuras han convertido al derecho en otro idioma, pues al contratar a un abogado se está pactando con un traductor, que explique las palabras de la ley o la forma más adecuada de dirigirnos al juez<sup>14</sup>.

El reconocimiento de ese problema ha hecho surgir un movimiento que pugna por un uso efectivo y directo del lenguaje, con el objetivo de que «la escritura de los jueces», relativa a leyes, sentencias y opiniones judiciales, pase de ser una «escritura de los dioses» a «una escritura comprensible para el pueblo». Asimismo, la misma Constitución debe poder ser leída y comprendida por la totalidad de la ciudadanía al establecer la relación con el Estado, la división y contrapesos de los poderes públicos e incluso el elenco de nuestros derechos en el ámbito privado. Todo esto debe ser plasmado en un lenguaje lo más claro posible. No obstante, los juristas olvidan esto con frecuencia y producen discursos oscuros e impenetrables<sup>15</sup>.

La cuestión es ¿cómo se estructura esa conexión entre derecho y literatura? Proponemos que esas relaciones puedan ser analizadas, desde una quintuple dimensión no excluyente, de modo que una misma obra literaria puede ser objeto de distintos tipos de estudio, según el enfoque que se desee darle. El derecho, en una *primera dimensión*, de naturaleza esencialmente normativa, regula temas relevantes para la literatura, que abarcan el plano de derecho privado, en tanto, derechos de autor, distintas relaciones de contratación, promoción y mercadeo de obras; de derecho penal, relativo a delitos de prensa, injurias, calumnias, difamaciones, discursos del odio, tratamiento del erotismo y de la blasfemia; de derecho constitucional, que incluye libertad de expresión y censura, y de derecho administrativo, que se ocupa de la regulación de bibliotecas públicas y exenciones tributarias, entre otras áreas. No se trata de una rama específica del derecho, sino de una aproximación transversal que reagrupa cuestiones, las cuales

12. Sobre el sistema semiológico Cfr. BARTHES, 1985: in Totum.

13. KRISTAN muestra que en algunos casos el texto literario incluso pretende aumentar el potencial interpretativo, un elemento que lo diferencia de la interpretación jurídica, con el objetivo de que un libro sea varios libros tal como sucede en *Rayuela* de CORTAZAR, el *Diccionario Jázaro* de PAVIĆ y *El jardín de los senderos que se bifurcan* de BORGES. KRISTAN, 2017:14.

14. «Necesitamos de un intérprete que nos explique por qué, o por cuál razón, la parte contraria en un proceso, nos quiere sacar alguna cosa o nos quiere meter en una celda. Asimismo, nuestro abogado servirá para explicar, en el lenguaje conveniente, que ya estamos muy contentos con el fruto conseguido o que la cárcel es un lugar que no nos sienta muy bien para la salud. El lenguaje del derecho ha sido ajeno al pueblo. Conductas que en la calle se determinan de la manera más simple, al pasar por los juzgados son expuestas de forma espeluznante. Un ciudadano de a pie decide comprar un libro. Va a una librería, escoge el texto y lo paga. Pues bien, ese mismo proceder, ante un juez, se convierte en que el comprador, posterior a realizar las autoponderaciones de índole patológico-negocial, se apersona al establecimiento del vendedor y pacta con él en cuanto a cosa y precio, perfeccionando así la especie fáctica contractual» SALAZAR CARVAJAL, Pablo. ¿Qué pasaría si los abogados hablaran como la gente? texto sin publicar amablemente facilitado por el autor.

15. PÉREZ VÁZQUEZ, 2006: 144, 145.

pueden encontrar regulación jurídica en muy distintas áreas<sup>16</sup>. Por ende, nos encontramos frente al *derecho de la literatura*.

El derecho, en una *segunda dimensión*, especialmente el derecho penal, ha sido tratado por los más distintos géneros literarios; junto con el amor, la venganza, la muerte, la guerra y el destino. El tema del derecho, en cuanto a su aplicación, la violación a este, los dilemas morales que puede provocar, el quebrantamiento de la tradición, como variante de la ley y otros aspectos, ha sido uno de los predilectos de poetas, dramaturgos, narradores y ensayistas. Este es un tema universal nunca ajeno a los lectores, sino tan antiguo como la vida misma.

Algunas obras clásicas representativas son *Antígona* de SÓFOCLES, *Prometeo encadenado* de ESQUILO, *El paraíso perdido* de MILTON, *Rojo y negro* de STENDHAL, *El proceso* de KAFKA, *Crimen y castigo* de DOSTOYEVSKI, *El extranjero* de CAMUS, *Testigo de cargo* de CHRISTIE y *Matar a un ruiseñor* de LEE. El lenguaje jurídico, así como sus ejemplos al intentar explicar un caso, pueden resultar poco claros, cuando no abiertamente incomprensibles. Su abordaje, mediante narraciones literarias que poseen un trasfondo jurídico, puede facilitar la comprensión para quienes son ajenos al campo del derecho<sup>17</sup>. Por consiguiente, se está frente al *derecho en la literatura*.

La literatura, en una *tercera dimensión*, está plagada de excelentes referencias para el análisis jurídico. La tragedia de *Edipo Rey* no solo puede leerse en clave psicoanalítica, sino como una de las primeras referencias de un modelo racional de determinación de la verdad; constituye toda una guía para el derecho probatorio<sup>18</sup>. *Quo Vadis* de SIENKIEWICZ brinda una magistral lección acerca del estatus jurídico de los esclavos, los rehenes y las mujeres en la antigua Roma. Obras como *Fausto* de GOETHE y *El Flautista de Hamelin*, de los Hermanos GRIMM, permiten encontrar valiosas referencias en materia de contratación privada, voluntad de las partes e incumplimiento de los pactos. El *Billy Budd* de MELVILLE ofrece importantes reflexiones sobre el respeto a la autoridad y el acatamiento de órdenes.

De manera que nos hallamos frente a el *análisis jurídico de la literatura*, un ir y venir de la mirada entre ambos discursos, que muestra temas representados en la literatura, los cuales explicitan situaciones a las que el derecho no había prestado la suficiente atención, originalmente. Esta dimensión, suele ser confundida con el derecho en la literatura, mas existe una muy sutil distinción. El derecho en la literatura suele ser de mayor utilidad como ejemplificación hacia el lego en el derecho. Su utilización, en muchos casos, no supera lo estético, puesto que el análisis jurídico de la literatura exige un análisis más profundo y posee la pretensión de obtener instrumentos (conceptos y teorías) que realmente sean útiles en el plano jurídico<sup>19</sup>.

16. FALCÓN Y TELLA, 2015: 17.

17. WARD, 1995: 3, 4.

18. FOUCAULT, 2003: 41.

19. POSNER, 2009: 389. En ese sentido BELLO HUTT ha señalado que *Walden o la vida en los bosques* de Henry David Thoreau, así como *La isla del lago de Inisfree* de William Butler Yeats se encuentran impregnadas por una imagen de soledad y aislamiento que funciona como una buena metáfora del paradigma del razonamiento

Es posible que una obra, la cual, posee contenido jurídico adopte un estilo, que se considera reservado exclusivamente para la literatura, desde una *cuarta dimensión*. De ese modo, parece que existen géneros literarios, los cuales le vienen mejor al sistema jurídico que otros; muchas obras clásicas que han tratado al derecho son propiamente narrativas. Las novelas, relatos breves, guiones cinematográficos e incluso la dramaturgia son formas literarias propicias para el abordaje de temas jurídicos, usualmente, con un carácter de denuncia política también, dotándoles de una mayor audiencia.

El Víctor HUGO, miembro del parlamento, se valió de la pluma del Víctor HUGO escritor, para expresar su más férrea oposición a la pena capital, en su obra *El último día de un condenado a muerte*. Algo similar ocurre con MONTESQUIEU y sus *Cartas persas*, VOLTAIRE y sus panfletos contra el *Asunto Calas* o ZOLSHEINITSYN y su obra *Un día en la vida de Ivan Denisovich*<sup>20</sup>. Otra variante se presenta cuando, quienes recurren a la literatura, no son escritores de profesión, sino los mismos juristas, mediante el planteamiento de escenarios hipotéticos, tal como *El caso de los exploradores de cavernas*<sup>21</sup>, propuesto por FULLER; o bien, en *Balada de la Justicia y la Ley*<sup>22</sup>, NIETO emulando el estilo literario. A este tipo de trabajos se les ha denominado *derecho por la literatura*.

Por último, las técnicas hermenéuticas desarrolladas en el campo de la teoría literaria se pueden emplear en el campo del derecho, desde una *quinta dimensión*. Los estudios hermenéuticos del siglo XX legaron un enorme arsenal teórico, por parte de pensadores como SAUSSURE, SARTRE, GADAMER, RICŒUR, FOUCAULT, DERRIDA y ECO, haciendo que el interés de otras disciplinas por el «arte de interpretar» haya aumentado. Por ejemplo, RICŒUR recuerda que la interpretación es un proceso permanente y dinámico propio para ejercer el derecho, disciplina humana que se expresa por escrito: «(...) *La interpretación es un caso particular de comprensión. Es la comprensión aplicada a las expresiones escritas de la vida (...) no se define por un tipo de objeto (...) sino por un tipo de proceso: la dinámica de la lectura interpretativa*»<sup>23</sup>. RAZ ha afirmado, no desde la literatura o la hermenéutica sino desde el derecho, que: «*La evaluación acerca de lo acertado o desacertado de la interpretación depende de que dichas correcciones e interrelaciones sean*

---

judicial que es dominante entre los estudiosos del derecho, particularmente entre aquellos que defienden un papel prominente del poder judicial en la interpretación de las normas constitucionales, así como un control ejercido por los jueces sobre otras ramas del gobierno. BELLO HUTT, 2018: 49-57.

20. OST, 2017: 32.

21. Un grupo de cinco exploradores quedan atrapados en el interior de una caverna y cuentan con escasas provisiones. Tras un mes de esfuerzos por parte de las fuerzas de rescate, finalmente, se logra remover los escombros que habían sellado el acceso. Una vez rescatados, se supo que uno de ellos había sido asesinado y devorado por sus compañeros. El artículo escrito representa el examen que hacen los cinco ministros integrantes de la Suprema Corte al conocer el caso. Lo interesante del caso es que cada uno de los jueces personifica a una de las distintas perspectivas acerca de lo que es el derecho, cuestión que repercute en la opinión sobre si los acusados son o no culpables por el delito de homicidio. FULLER, 1949: 616-645.

22. «(...) me he limitado a escribir esta simple y triste balada. Un género literario en verdad poco cultivado, puesto que los juristas se inclinan más a escribir libros de ciencia —aunque a menudo resulten de ciencia-ficción por su alejamiento de la realidad— y, cuando recurren a la lírica, prefieren la elegía, o sea, un lamento por la desaparición de una figura que deja con su pérdida un vacío doloroso». NIETO, 2002: 11.

23. RICŒUR, 1998: 64-65.

*significativas en términos de, o con referencia a, alguna teoría general de la verdad acerca de las personas, la sociedad o lo que sea*»<sup>24</sup>. De modo que nos encontramos frente al *derecho como literatura*.

Esta dimensión del derecho como literatura sirvió de plataforma para un interesante debate entre DWORKIN y FISH acerca de la autoridad interpretativa. El primero consideraba que la autoridad final se debe adscribir al texto, lo que significa que debe ser leído en su mejor luz<sup>25</sup>; mientras para el segundo, la determinación del significado de un texto radica en la comunidad interpretativa, que tiene el poder de hacer tal determinación en un momento y un lugar dado<sup>26</sup>. En realidad, el intercambio se puede considerar centrado en la idea de objetividad, en responder a la pregunta ¿es posible o no encontrar lecturas objetivas, finales, universales y, válidas de los textos literarios y los legales?

El debate DWORKIN-FISH es una de las mejores discusiones relacionadas con el ámbito de la teoría literaria, sin embargo, no se ha profundizado demasiado en la utilidad que los análisis pensados para la literatura pueden aportar a la descripción de la práctica hermenéutica de los tribunales constitucionales. Por ello, se examinan las líneas principales del pensamiento de BARTHES CON respecto al tema de la autoría y a, partir de ellas, se analizan algunos aspectos de la práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán.

### 3. LA MUERTE DEL AUTOR: BARTHES CONTRA LA INTERPRETACIÓN CLÁSICA

BARTHES analiza, en su famosa obra «El susurro del lenguaje» (*Le bruissement de la langue*), un breve pasaje de la novela «Sarrasine»<sup>27</sup> de BALZAC, el cual describe a un castrado disfrazado de mujer:

24. RAZ, 1998: 167.

25. DWORKIN, 1985: 146.

26. FISH, 1995: 303-321.

27. La historia nos ubica en una velada en el palacio de Monsieur de Lanty. El narrador corteja a madame Beatrix Rochefide, una joven viuda intrigada por la presencia de un anciano de aspecto siniestro. El narrador le propone contarle la verdad sobre el anciano a cambio de una cita amorosa. Arrastrada por la curiosidad ella acepta. Su narración nos traslada a la Roma de finales del siglo XVIII y gira en torno a Ernest-Jean Sarrasine, un escultor francés quien asiste a una ópera estelarizada por la bella y enigmática Zambinella. Al escucharla cantar, Sarrasine cae perdidamente enamorado y acude cada noche al teatro para contemplarla. Ambos coinciden en una fiesta y Sarrasine se acerca a ella quien no parece indiferente a sus avances amorosos, mas cuando este intenta seducirla, se muestra evasiva lo que solo enardece la pasión del escultor. Loco de amor decide secuestrarla durante una velada a la que sabe que ella asistirá, sin embargo, al pretender ejecutar su plan la encuentra vestida como hombre y acompañada del Cardenal Cicognara, se le revela allí el secreto de su amada: Zambinella es en realidad un *castrado*. Un desconcertado Sarrasine secuestra a la cantante y ella le confirma que reamente es un castrado. Fuera de sí, Sarrasine intenta asesinarla, mas antes de que pueda lograrlo, la escolta del Cardenal irrumpe y da muerte al escultor. El narrador pone fin a la historia revelando a madame Rochefide que el siniestro anciano es Zambinella.

«Era la mujer, con sus temores repentinos, sus caprichos sin razón, sus problemas instintivos, sus audacias sin causa, sus bravatas y su exquisita delicadeza de sentimientos».<sup>28</sup> Acto seguido, BARTHES se pregunta «¿quién habla así? ¿Es el héroe de la novela interesado en ignorar al castrado que se oculta bajo la mujer? ¿Es el individuo Balzac provisto mediante la experiencia personal de una filosofía sobre la mujer? ¿Es el autor Balzac haciendo profesión literaria de ciertas ideas sobre la mujer? ¿La sabiduría universal? ¿La psicología romántica? Nunca será posible llegar a saberlo, por la sencilla razón que la escritura es la destrucción de toda voz, de todo origen»<sup>29</sup>.

BARTHES llega a advertir que la escritura es ese lugar neutro, donde acaba por perderse toda identidad, comenzando por la propia identidad del cuerpo que escribe. De modo que la autoría se disuelve, se torna irrelevante y, ante la declaración acerca de esa muerte del autor, el lector es quien ocupa el lugar preponderante, frente a aquello que el texto ofrece.

Siempre había sido así: en cuanto un hecho pasa a ser relatado, sin más función que el propio ejercicio del símbolo, se produce esa ruptura, la voz pierde su origen, el autor entra en su propia muerte, comienza la escritura. No obstante, el sentimiento sobre este fenómeno ha sido variable; el relato, en distintas culturas, jamás ha estado a cargo de una persona sino de un mediador, chamán o recitador, del que se puede admirar la «performance», pero nunca el «genio»<sup>30</sup>. La narración mítica constituye el ejemplo más claro de ello<sup>31</sup>.

Los mitos pueden ser narrados de distintas maneras sin perder su esencia o su mensaje; incluso la carencia de la figura autoral lo refuerza, lo convierte en algo que pertenece a todos y ofrece una enseñanza que cada uno asume como algo propio. El mito es un habla, un sistema de comunicación, un mensaje, sujeto a unas condiciones lingüísticas que lo caracterizan; se puede afirmar que *los mitos nos conocen bien*. El autor es, en realidad, un personaje moderno que gozó de escasa relevancia en la Edad Media<sup>32</sup> y vino a ser producido por nuestra sociedad, gracias a la ilustración que pretendía devolver el prestigio al individuo<sup>33</sup>.

28. BARTHES, 1984: 63.

29. BARTHES, 1984: 63.

30. BARTHES, 1984: 63, 64.

31. BARTHES, 1970: 13 ss.

32. La Edad Media legó infinidad de obras anónimas o de dudosa autoría, principalmente, bajo la forma de cantares y sagas. Gestas de héroes a partir de personajes históricos o bien narraciones del género mitológico entre las cuales pueden citarse *El Cantar de Mio Cid*—que junto a *El Quijote*, *El Conde Lucanor* y *La vida de Lazarillo de Tormes* es una de las principales obras de las letras hispánicas—relata las hazañas de Rodrigo Díaz de Vivar. La literatura francesa posee igualmente su propio cantar *La Chanson de Roland* que narra eventos ocurridos en la Batalla de Roncevalles. Si bien al final de la obra se consigna el nombre «Turolde» no es del todo claro si puede considerársele su autor o simplemente quien transcribió historias popularizadas de forma oral. La antigua literatura germánica conoció también dicho género, y una de sus principales obras, *Das Nibelungenlied*—en la cual se inspiró Wagner para su tetralogía—entremezcla lo histórico con lo fantástico. Dicho género se encuentra representado en la antigua literatura anglosajona con el poema épico *Beowulf*.

33. BARTHES, 1984: 64.

La historia, sin embargo, posee sobresaltos y regresiones, cuando no movimientos en constante pugna y abierta contradicción. El prestigio del individuo volvería a sufrir un duro golpe hacia finales del siglo XIX, cuando la crisis del yo en la filosofía puso en entredicho al sujeto en sus múltiples facetas, incluyendo su papel como autor. No obstante, avanzado el siglo XX un contramovimiento fortaleció de nuevo la importancia del autor del texto, como aquel que estaba en el origen de la obra y que detentaba la significación única y última.

De ese modo, los movimientos históricos y biográficos fortalecieron una visión del análisis literario, que colocaba la figura al autor, como eje. El siglo XX legó un último giro, se levantó, contra la reivindicación del autor, el estructuralismo, enfoque filosófico que pretendía analizar y conectar distintas disciplinas incluyendo literatura, lingüística y antropología e investigar, a través de esas relaciones, cómo se produce el significado dentro de la cultura. Se pretendía liberar al texto de sus ataduras originarias. No obstante, el estructuralismo descuidó la figura del lector, como ECO señala: «(...) *el dogma corriente era que un texto debía ser estudiado en su propia estructura objetiva (...) la intervención interpretativa del destinatario era dejada en la sombra, cuando no era eliminada, porque era considerada como una impureza metodológica*»<sup>34</sup>.

La excepción a esa crítica de ECO se encuentra precisamente en el giro del estructuralismo al postestructuralismo<sup>35</sup> de BARTHES con su teoría de «La muerte del autor» (*La mort de l'auteur*). La interpretación clásica suponía que el autor ocupaba el centro de la obra y el texto era, simplemente, el vehículo del significado. Por tanto, al lector le correspondía la labor de intentar entender aquello que le quiso transmitir.

La propuesta de BARTHES es distinta, se presenta una noción de texto como tejido de citas y referencias a innumerables centros de la cultura, y el escritor, término que BARTHES prefiere al de autor, es relevante, pero no es más que una localización donde el lenguaje se cruza continuamente, y no una autoridad despótica que fija el significado, de una vez y para siempre.

La obra literaria se transforma en texto, una heterogénea red formada a partir, tanto de la escritura como de la lectura, de todo aquel que llegue a ocupar el lugar de destinatario, quien se halla en capacidad de establecer sus propias conexiones de sentido más allá de lo planeado o imaginado por el escritor. De este modo se perfila la idea de que una obra altera su significado a través del tiempo y el texto cobra su propio

34. Eco, 2013: 5.

35. El estructuralismo fue un enfoque filosófico que pretendía analizar y conectar distintas disciplinas incluyendo literatura, lingüística y antropología y, a través de esas relaciones, investigar cómo se produce el significado dentro de la cultura. Según este enfoque, el significado es producido y reproducido a través de varias prácticas, fenómenos y actividades que sirven como sistemas de significación. Así por ejemplo, el estructuralismo lingüístico de Ferdinand de SAUSSURE se basa en que las palabras no poseen significado al ser consideradas individualmente, estas solo cobran significado a lo interno de un sistema lingüístico más amplio. La antropología estructural de Claude LÉVI-STRAUSS sugiere que las sociedades humanas se comprenden al dividir el mundo en sistemas de binarios opuestos. El postestructuralismo, por su parte, constituye el desafío a tesis estructuralistas, tales como el rechazo de la autosuficiencia del estructuralismo, así como de sus posiciones binarias y de la supuesta estabilidad del sistema.

protagonismo. La idea de descifrar un texto para siempre se convierte en una quimera toda vez que significa cerrarlo, imponerle límites. *La figura del autor como guía del texto ha desaparecido.*

La lectura es una actividad creadora que no recibe una significación anterior, sino que produce sentido por sí misma. El enunciado «leo el texto» es inexacto como expone BARTHES en su obra «S/Z»: «Cuanto más plural es el texto, menos está escrito antes que yo lo lea: no le someto a una operación predicativa, consecuente con su ser, llamada lectura y “el yo” no es un sujeto inocente, anterior al texto, que lo use luego como un objeto por desmontar o un lugar por investir (...)».<sup>36</sup> Por tanto, la lectura ofrece la obra fuera de la situación que la ha engendrado, huérfana de su origen y libre de ataduras autorales.

Esa distancia entre la escritura y la lectura concede poder al lector-intérprete, con el transcurrir el tiempo, de allí que puedan ser leídos bajo distintas luces e interpretados de formas diversas y antagónicas, la «Torá», de acuerdo con el Rabí Eliezer y los otros sabios; asimismo, el «Quijote», en las versiones de Cervantes y de Menard, así como el «Decreto de Graciano», según las lecturas del Siglo v y del siglo XII, a pesar de la identidad gramatical de los escritos<sup>37</sup>. De ese modo, el texto no puede ser reducido a un objeto único, vehículo de una esencia inalterable, dada desde su inicio, son sus (re) lecturas que abren el universo de sus posibilidades hermenéuticas, de significados visibles u ocultos<sup>38</sup>.

Esas (re) lecturas poseen el mismo prestigio que la obra literaria. BARTHES sostiene que el conocimiento de un texto solo es posible porque el texto mismo no tiene un significado fijo, definido, interno e inalterable, reconocido por la mente del lector, inevitablemente, como una verdad evidente. La literatura plantea un rompecabezas misterioso y único, que puede ser armado de más de una forma<sup>39</sup>. Tal concepción es comparable con el objetivo que WITTGENSTEIN perseguía en sus *Investigaciones Filosóficas*, cuando invitaba constantemente al lector a mantener en consideración los conceptos en diversas formas, para liberar su mente de la idea de que cada expresión, en un lenguaje, debe tener un único significado final.

36. BARTHES, 1976: 15. FOUCAULT, contemporáneo de BARTHES, analizó también el tema desde la perspectiva de una «función autor» (*Fonction auteur*): «La muerte del autor ha devenido, por la crítica, un tema cotidiano. Pero lo esencial, no es constatar una vez más su desaparición; es necesario identificar como lugar vacío, a la vez indiferente y apremiante-, los emplazamientos donde se ejerce esa función». FOUCAULT, 1969: 817.

37. «La misma obra, leída de maneras diferentes, parece contener dos proyectos opuestos: aquí un “para mí” (...) allá un “para sí”, el del autor que se dice, se repite, se impone como encerrado en un discurso sin fin, sin orden, a la manera de un monólogo obsesivo». BARTHES, 1972: 71.

38. En ese sentido, también SARTRE señalaba: «(...) el objeto literario es una extraña peonza, que sólo existe en movimiento. Para hacerla surgir, es necesario un acto concreto que se llama lectura (...) fuera de esto, solo hay trazos negros sobre el papel». SARTRE, 1948: 58.

39. Piénsese aquí en las múltiples lecturas que permite la obra «Rayuela» de Julio Cortázar.

Los conceptos pueden poseer «bordes borrosos» (*blurred edges*) y esa característica es precisamente la que permite distintas posibilidades de comunicación<sup>40</sup>. El significado de un texto no puede ser cualquier cosa, sino lo que el lector mismo decide elegir, manteniendo constantemente el infinito número de posibles significados en el pensamiento. *El mito de la interpretación única ha desaparecido.*

Una vez derrocado el autor, se libra una batalla por el sentido del texto. Una de las interrogantes abiertas, ante la propuesta de BARTHES, consiste en analizar la naturaleza de los lectores. ¿Son todos los lectores iguales?, ¿qué tipo de lector es el crítico literario, que reclama poseer una lectura privilegiada? BARTHES disocia las figuras del lector y del crítico. Su importancia como personaje está ligada a la importancia de un autor como tal. El crítico, con cierto elitismo, afirma ser la única persona que puede entender y criticar, con autoridad, al autor de un texto; en consecuencia, posee la única interpretación «correcta» que los lectores comunes deben escuchar, seguir y compartir.

BARTHES reprocha el elitismo de tal actitud e invita a las personas a interpretar textos a su manera; describe al crítico como una especie de tirano que busca la «victoria» en esa batalla contra otros lectores y solo se encuentra dispuesto a compartir, eventualmente, su «reinado» en conjunto con el autor. Tal descripción del crítico es caricaturizante y no tiene por qué ser ese exactamente el móvil de la crítica literaria. Sin embargo, se comprende, desde el credo barthesiano, cualquier insinuación, por mínima que sea, de lo que deben entender o experimentar con respecto a una obra o texto atenta contra la idea de la interpretación libre.

Una propuesta como la de BARTHES, evidentemente, enfadó a un sector influyente de la academia. Su tesis, acerca de «La muerte del autor», se constituyó en una afrenta para los críticos literarios, quienes pretendían ostentar la condición de expertos. Los reproches provinieron de instituciones prestigiosas y de quienes habían construido su reputación, a lo largo de extensas carreras, publicando biografías de escritores y filósofos.

La mayor de esas polémicas le enfrentó con Raymond PICARD, quien se había ganado su renombre a través de escritos sobre Jean RACINE, dramaturgo francés del siglo XVII, sobre el cual BARTHES también había publicado ensayos que arremetían contra la metodología hermenéutica tradicional. PICARD le criticaba que era demasiado abstracto y técnico, tanto en su vocabulario como en su pensamiento, argumentando que esto hacía su trabajo opaco para el lector común y socavaba su potencial de liberación tornándole inaccesible. Además, sostenía que comprender la biografía de un autor es importante para anclar un texto en datos históricos y darle cierta medida de objetividad; caso contrario, se puede confundir a los lectores haciéndoles creer que incluso las interpretaciones más ridículas pueden avanzar con credibilidad teórica<sup>41</sup>.

---

40. «Puede decirse que el concepto de “juego” es un concepto de bordes borrosos. ¿Pero es un concepto borroso en absoluto un concepto? ¿Es una fotografía difusa en absoluto una figura de una persona? Sí, ¿puede siempre reemplazarse con ventaja una figura difusa por una nítida? ¿No es a menudo la difusa lo que justamente necesitamos?». WITTGENSTEIN, 1953: § 71.

41. PICARD, 1965: 132.

BARTHES le respondió acusándole de ser anticuado y encontrarse detrás de los tiempos, de servir a un «Estado literario» (*État littéraire*), que vigila e impone interpretaciones y, de representar a la «vieja y conservadora crítica»<sup>42</sup>. Le reprocha la insistencia en que haya un solo significado correcto para un texto, así como no haber logrado incorporar a su pensamiento nuevos desarrollos en psicoanálisis, teoría literaria y estudios culturales. Es posible estar de acuerdo con el deseo de objetividad de PICARD, en cuanto a la interpretación de los textos literarios, a pesar del sesgo personal y la ira en sus críticas. Muchos lectores, sea que usen o no la intención de autor como su estándar, hacen juicios sobre qué interpretaciones de un texto son más plausibles y cuáles dan el significado «correcto» pretendido por el autor. BARTHES explicó que su teoría de la lectura no pretendía ser «objetiva» ni proporcionar una única interpretación, definitivamente precisa de un texto, más bien, su finalidad era liberarlo y convertir al lector en parte del proceso creador.

Los principales ejemplos de BARTHES son literarios, sin embargo, las ideas de «La muerte del autor» se pueden aplicar a cualquier tipo de texto hablado o escrito, en numerosos campos, incluidos contextos literarios, políticos, históricos y jurídicos. BARTHES hace cuestionarnos, por ejemplo, si un político es realmente el autor de sus discursos, a pesar de que se considera que estos tienen cierta autoridad, precisamente, porque son pronunciados por una persona en particular.

Las ideas de BARTHES, en un marco jurídico, pueden incitar a revisar las ideas sobre derechos de autor, en virtud de que un autor posee un derecho sobre un texto y se le otorga una autoridad especial sobre él, porque es la persona que lo escribió. Un segundo tema jurídico se refiere a la influencia de la teoría de la muerte del autor en la interpretación jurídica, de modo que se pueden formular cuestiones tales como ¿qué clase de texto son las normas jurídicas?, ¿qué papel corresponde al legislador o constituyente en calidad de autor?, ¿qué papel corresponde a la administración de justicia en calidad de lector?, e realmente la interpretación normativa tan distinta —de la interpretación literaria, como siempre se ha querido hacer ver?

#### 4. LA MUERTE DEL LEGISLADOR: EL CASO DE ALEMANIA

Una descripción acertada de la práctica hermenéutica de algunos tribunales constitucionales podría comenzar con un estilo que parodie a Fuente Ovejuna, preguntándose «¿Quién mató al legislador?». BARTHES postuló su teoría de la muerte del autor y de una interpretación literaria libre de las ataduras impuestas por el escritor, de igual manera, hoy en día quien haya estudiado seriamente los cánones y pautas interpretativas de los tribunales constitucionales se percatará de que sus decisiones, en muchos casos, no se guían realmente por los fines que el legislador o el constituyente quisieron instituir,

42. BARTHES, 1966: 34 ss.

aunque se afirme lo contrario, con las consecuencias positivas y negativas que ello puede conllevar, sino que se utilizan técnicas de interpretación evolutivas.

BARTHES no llegó a plantear, de manera explícita, el ejemplo de la interpretación normativa, sin embargo, los jueces habían tomado por asalto la legislatura, antes del «giro hermenéutico» que le llevó a poner en entredicho el poder autoral, dejando en evidencia una vez más la fantasía del autor omnipotente, al igual que en *el horno de Ajnai*, *Pierre Menard, autor del Quijote* o *el Decreto de Graciano*. El ejemplo más claro de lo anterior lo constituye el caso de Alemania, por ello, a continuación se presentan tres importantes momentos que ha experimentado ese sistema jurídico y han conducido a lo denominado la «muerte del legislador».

#### 4.1. Primer momento: Un guardián para la Constitución

Una de las polémicas más importantes del siglo xx, en el campo del derecho constitucional, probablemente, sea la que tuvo lugar entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, con ocasión de intentar determinar quién debía ser el guardián de la Constitución. La disputa tuvo como escenario los últimos y convulsos años de la República de Weimar. Alemania, en lo económico, no se había recuperado completamente de la hiperinflación padecida entre 1921 y 1923; en lo político, la coalición tripartita entre la socialdemocracia, el liberalismo democrático y el catolicismo social ofrecía los primeros signos de resquebrajamiento y, en su espíritu nacional, continuaba lamentándose de las condiciones que le fueron impuestas mediante el Tratado de Versalles, luego de su derrota en la Primera Guerra Mundial.

Heinrich Brüning se desempeñaba, desde marzo de 1930, como canciller y, en julio, frente al rechazo parlamentario hacia las leyes financieras se disolvería el Reichstag. Él comienza a gobernar, a partir de octubre de ese año, por decretos del presidente Paul von Hindenburg, apoyándose en el artículo 48 de la Constitución de Weimar. El poder omnipotente del legislador y la adhesión irrestricta al positivismo jurídico habían sufrido, para esa época, un primer gran golpe, cuando los jueces se rebelaron separándose de la letra de la ley con la famosa «sentencia sobre revalorización» (*Aufwertungsurteil*)<sup>43</sup>, la cual constituyó el primer paso de una revolución en las sombras, que ha marcado al sistema jurídico alemán.

Se puede entender claramente que, en un clima tan convulso, determinar al guardián de la Constitución ocupase la atención de los más destacados juristas. Kelsen defendía la tesis de que esa labor debía ser encomendada a un tribunal independiente, como ya lo hacía el Tribunal Constitucional de Austria, mientras que Schmitt sostenía que esa tarea solo podía ser llevada a cabo por el dirigente del gobierno; por alguien que ostentara el poder real.

43. Sentencia del Tribunal del Reich en asuntos civiles [*Reichsgericht in Zivilsachen* (RGZ 107, 78)] del 28 de noviembre de 1923.

La disputa se desencadenó, específicamente en 1928, debido a la publicación, por parte de KELSEN, de un artículo titulado «La garantía jurisdiccional de la Constitución» (*La garantie juridictionnelle de la Constitution*), en la «Revista de Derecho Público y Ciencia Política» (*Revue du Droit Public et de la Science Politique*). SCHMITT le respondió, en 1929, con una serie de artículos en «Archivo de Derecho Público» (*Archiv des öffentlichen Rechts*) que, en 1931, fueron publicados, en forma de libro, por la editorial Mohr de Tübingen. La obra en cuestión se titulaba «El guardián de la Constitución» (*Der Hüter der Verfassung*). La réplica de KELSEN no se hizo esperar y publicó, ese mismo año, «¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?» (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*).

La cuestión acerca de quién debía tutelar la norma suprema presuponía, para SCHMITT, distinguir entre «Constitución» (*Verfassung*), entendida como forma sustancial de unidad política y «ley constitucional» (*Verfassungsgesetz*), entendida como realización normativa de la Constitución<sup>44</sup>. Criticaba a KELSEN, cuyo concepto de Constitución es absoluto, es una unidad jurídica de normas, un simple deber ser donde la Constitución viene a ser la norma de normas; sin embargo, ese concepto, sin los principios metafísicos del derecho natural, se relativiza hasta convertirse en mera ley constitucional.

Por el contrario, SCHMITT consideraba que se debía distinguir entre las normas jurídicas y la existencia política del Estado, entendido como la unidad política de un pueblo. De ese modo, la Constitución es, en sentido positivo, la decisión del conjunto del pueblo sobre la forma de la unidad política. SCHMITT pone el acento en la noción de poder constituyente, entendido como la voluntad política, cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto, sobre el modo y la forma de la propia existencia política. Una Constitución, según SCHMITT, no se apoya en una norma como fundamento de validez, sino en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser, oponiendo, una vez más en su teoría, las nociones de norma y existencia<sup>45</sup>.

SCHMITT hizo referencia también a la distinción entre litigios constitucionales que son siempre políticos y, las dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales. La comprobación de la constitucionalidad de las leyes por aplicar, por parte de los tribunales, es una exigencia del Estado de Derecho. Sin embargo, una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca apolítica, por lo tanto, en el razonamiento de SCHMITT, de establecer un tribunal especial para decidir la constitucionalidad de la ley significa una desviación de la lógica del Estado de Derecho. La determinación de un concepto claro de litigio constitucional es para el jurista alemán la «primera condición

44. Las posiciones que SCHMITT defenderá en su particular enfrentamiento contra KELSEN pueden encontrarse ya en «La teoría de la Constitución» (*Verfassungslehre*). Allí pasa revista del concepto de «Constitución» (*Verfassung*) e identifica cuatro distintas nociones: Absoluta (como un todo unitario), relativa (como una pluralidad de leyes particulares), positiva (como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política) e ideal (como un cierto contenido). SCHMITT, 2017: 3, 11, 20 y 36.

45. SCHMITT, 2017: 67, 68.

de toda justicia constitucional<sup>46</sup>. Un tribunal constitucional concentraría y monopolizaría el control de la Constitución, lo que conllevaría una «politización de la justicia» (*Politisierung der Justiz*), más que una «judicialización de la política» (*Juridifizierung der Politik*). Se trabajaría así con «ficciones», con formas, sin tener en cuenta los «contenidos», ignorando las diferencias efectivas entre constitución y ley constitucional<sup>47</sup>. Los tribunales pueden controlar que las leyes ordinarias respeten la ley constitucional, pero no pueden erigirse en guardianes de la Constitución como tal<sup>48</sup>.

Por lo anterior, el «Guardián de la Constitución» no puede ser una autoridad «jurídica» sino «política», que supone la distinción entre política y derecho; un guardián, que «protege» la «democracia» en el sentido de una unidad homogénea del «pueblo», y a partir de la concepción «amigo-enemigo» (*Freund-Feind*)<sup>49</sup>. Por lo tanto, un tribunal constitucional, como el propuesto por KELSEN, no puede entrar en consideración para ser designado como guardián de la Constitución. Por su parte, el *Reichstag*, para SCHMITT, es la expresión de un «parlamentarismo degenerado», el cual no tiene nada que ver con la democracia. Por consiguiente, solo queda la figura del presidente, en quien SCHMITT encuentra el «poder neutral en el estado del partido pluralista», en la unidad de la persona que simboliza la unidad política, legitimada plebiscitariamente y, además, concentra el poder para defender la norma suprema<sup>50</sup>.

En resumen, la posición de SCHMITT se puede diseccionar en tres puntos: 1. Incompatibilidad entre la justicia y la política 2. Incompatibilidad entre la jurisdicción constitucional y la separación de poderes 3. Incompatibilidad entre la jurisdicción constitucional y la democracia.

KELSEN se pronuncia contra estos argumentos y plantea la tesis de que cada decisión judicial es inherente a un momento político y el control judicial constitucional, incluso contiene una intensificación de la separación de poderes, mediante el sistema de «pesos y contrapesos», en cuanto control de poder. Sin embargo, su enfoque funcional le permite a ir más lejos en la justificación teórica. No solo puede demostrar que el Tribunal Constitucional es un guardián de la constitución efectivo e idóneo, en el sentido de la salvaguardia constitucional de la primacía de la constitución, sino que se entienda de forma pluralista, además de encontrarse justificado en la teoría de la democracia y bajo la condición decisiva de la democracia; no como lo hace SCHMITT, a manera de una unidad política homogénea de la voluntad identitaria del pueblo.

KELSEN demuestra que esta comprensión de toda su teoría normativa del Estado se basa en un simple sistema jurídico, a partir de las condiciones reales del Estado plurinacional austriaco, como medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia; es decir, el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento,

46. SCHMITT, 2017: 135.

47. SCHMITT, 2016: 60.

48. SCHMITT, 2016: 36.

49. SCHMITT, 2015: 16 ss.

50. SCHMITT, 2016: 141, 142.

ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías, frente a las decisiones de la mayoría.

El órgano encargado del control de la Constitución, conforme con las ideas kelsenianas, debe ser distinto e independiente del Parlamento y del Gobierno central, los principales sujetos a controlar por la vía de las leyes, reglamentos y demás normativa. KELSEN propone, en el plano técnico, un tribunal cuya sentencia anule, con carácter general, el acto inconstitucional, incluidas las leyes del Parlamento, ya que está subordinado a la Constitución, y con respecto a ella aplica el derecho, es decir, las normas constitucionales.

DE esa forma, Kelsen reconocía que un tribunal constitucional excedería una función estrictamente jurisdiccional, lo que le convertiría en un legislador negativo, aun cuando precisa que el Parlamento, tiene pocas limitaciones en cuanto al contenido legislativo, con menos poder; mientras que el modelo de justicia constitucional, por el contrario, se atiene a anular una ley tomando en cuenta, principalmente, el procedimiento de creación. En última instancia, el Tribunal Constitucional, en la concepción kelseniana, tiene una importancia política de primer orden; es la garantía de paz política en el interior del Estado.

KELSEN expresa que el principal argumento teórico de SCHMITT contra la instauración de Tribunales Constitucionales se basa en el carácter político, por tanto, supuestamente incompatible con la función judicial de estos. La tesis schmittiana no se sostiene porque, el ejercicio del poder no se limita al Parlamento; toda sentencia tiene un elemento decisorio, una dosis de ejercicio del poder, inclusive si se entiende en el sentido schmittiano, como la resolución de un conflicto de intereses por una decisión. Por lo tanto, el control judicial de constitucionalidad no altera la posición constitucional de la jurisdicción<sup>51</sup>, como lo sostiene SCHMITT.

KELSEN opina que la teoría schmittiana es deudora del doble error de considerar solo al Parlamento como órgano político y el único creador de derecho. Critica a SCHMITT, por seguir la doctrina del constitucionalismo monárquico al considerar al juez como un autómata jurídico. De acuerdo con la teoría kelseniana, la diferencia entre ley y sentencia es sólo cuantitativa, ya que esta última es también un acto de producción de derecho<sup>52</sup>.

El establecimiento de Tribunales Constitucionales, a pesar de las objeciones de SCHMITT, no solo es una realidad en muchos países, sino una de las señas de identidad de todos los regímenes democráticos establecidos en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial. La democratización de los países del sur y, posteriormente, del este de Europa ha confirmado el indiscutible éxito de dicha institución, al punto de que ha terminado por extenderse, casi de forma universal<sup>53</sup>.

51. KELSEN, 2019: 13.

52. KELSEN, 2019: 14.

53. Véase ROSENVALLON, 2009: 201.

Conceptualmente, se está siempre en deuda con KELSEN, e incluso un poco con SCHMITT, en la medida que sus ideas obligaron al primero a redefinir y profundizar en el tema. Hoy es pacíficamente aceptado que todo estado constitucional requiere la existencia de un tribunal que vele por el cumplimiento de la Constitución. Una institución que desempeña una función política, mas que lo hace a través del derecho, pero sobre todo una institución con un amplio poder, lo que en una democracia siempre debe traducirse como responsabilidad para llevar a cabo la función que le fue encomendada sin asfixiar a otros órganos estatales.

#### 4.2. Segundo momento: El alzamiento del guardián

«No existe ninguna constitución limpia del viento sucio de la historia. No la hay ni la puede haber»<sup>54</sup>. Las constituciones suelen venir al mundo en tiempos de crisis, periodos de ajuste, épocas de cambio; deben dar forma, a menudo, a un nuevo ordenamiento para un nuevo futuro, de un modo completamente diverso al anterior. Este punto de partida es irrenunciable para comprender cómo se aplica la Constitución, si se desea entender el sentido y finalidad de ese cambio, y al referirse a constitución se puede agregar, también, sistema jurídico. No es extraño que los conflictos armados y las crisis económicas leguen no solo una carta magna o una ley temporal, que haga las veces de esa, sino que puede venir acompañada por una nueva forma de leer el derecho, con la cual se pretende no recaer en los vicios que se han dejado atrás. El derecho surge de la vida real, de las estructuras sociopolíticas y de las experiencias, en resumen, de la historia y no solo de las leyes escritas. Es una respuesta a la historia.

Por eso, los discursos fijados por la escritura constitucional hablan fundamentalmente de sí mismos, se caracterizan en su escritura desde sí mismos, en inmanente voluntarismo político, con sistemática autorreferencial. Su relato es el de una ficción constituyente, como si todo lo anterior ya se hubiera desvanecido por completo o nunca antes existió. Así CALVO GONZÁLEZ expone:

*«La Constitución es una ficción porque es relato y correlato, es una ficción creer que el destinatario de la Constitución alguna vez haya estado fuera de ella; la existencia de destinatario constitucional es un efecto de sentido generado desde el propio texto. No existe un mundo extralingüístico, sino que 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, 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 impercedera interpretación fundacional u originaria; el mundo de la letra y del espíritu del constituyente histórico»<sup>55</sup>.*

54. OVEJERO, 2018.

55. CALVO GONZÁLEZ, 2018: 297.

La Constitución es, en consecuencia, una máquina de ficción cuyo *telos* es la artificialidad de una arquitectura jurídico-política, sobre la cual descansa la superioridad de su validez normativa y se fundamenta en instituciones y estructuras para el control del poder, y es regida por medio de mecanismos de producción de normas del sistema jurídico<sup>56</sup>.

Los siglos XIX y XX, en el caso de Alemania, se caracterizaron por su pluralidad de sistemas políticos y constitucionales, así como por las distintas ideologías en ellos consagrados. De ese modo, es posible distinguir, en sentido estricto: el Imperio Alemán (1871), la República de Weimar (1919), el Estado nacionalsocialista (1933), los regímenes de ocupación (1945), la República Federal Alemana original [Alemania Occidental] (1949), la República Democrática Alemana [Alemania Oriental] (1949), la República Federal Alemana unificada (1990)<sup>57</sup> y la gradual adaptación al ordenamiento jurídico supranacional de la Unión Europea (desde 1974)<sup>58</sup>.

Cada nuevo ordenamiento contó con la aprobación imparcial de quienes ostentaban el poder público, se consideró como *lo justo y lo correcto*, para cada época. RÜTHERS SEÑALA QUE Alemania se convirtió en algo así como el campeón mundial en la disciplina de *cambio rápido de sistema político*<sup>59</sup>. Cada una de esas transformaciones significó, cuando menos para el caso de Alemania, una nueva ideología, la cual a su vez, en un giro circular, legitimaba a los nuevos sistemas. Esto supuso una modificación de los valores jurídicos fundamentales, de los principios dogmáticos esenciales, esto es, los principios superiores del derecho. Es fundamental tener en cuenta esta experiencia, en la medida que se convirtió en un factor constituyente de la conciencia nacional y jurídica alemana, y explica el activo papel que los jueces han asumido.

56. CALVO GONZÁLEZ, 2018: 298.

57. El proceso que dio inicio el 9 de octubre de 1989 con la caída del muro de Berlín culminó jurídicamente con la firma del Tratado de reunificación (*Einigungsvertrag*) por parte de Alemania Occidental y Alemania Oriental el 31 de agosto de 1990.

58. Las tensiones entre el derecho interno alemán y el derecho comunitario europeo son tan antiguas como la Unión Europea misma, con todo, se estima aquí que el conflicto acerca de la relación de primacía o subordinación del Tribunal Constitucional Federal frente al derecho comunitario se consolidó con las resoluciones «Hasta tanto» o «mientras» (*Solange*) de 1974 (*Solange I* BVerfGE 37, 271 ff) y 1986 (*Solange II* BVerfGE 73, 339). En la primera el Tribunal Constitucional Federal de Alemania explicó que, si bien, merced al artículo 24 de la Ley Fundamental las instituciones comunitarias dictan normas directamente aplicables en Alemania, esta intromisión es admisible, siempre y cuando, no signifique una alteración de la estructura constitucional esencial. El tribunal señaló que una parte irrenunciable de ese núcleo son los derechos fundamentales. Seguidamente se proclamó que, «hasta tanto» (*solange*) no existiera para las Comunidades Europeas, un catálogo de derechos fundamentales emanado de un parlamento democrático, debían prevalecer siempre las garantías constitucionales internas. Este criterio fue complementado con la sentencia «Solange II», dictada el 22 de octubre de 1986. Ante el incremento progresivo de las garantías de los derechos fundamentales a nivel europeo se reconoció la primacía del derecho comunitario «mientras» que en la Unión Europea exista un nivel de protección de los derechos fundamentales comparable al alemán. Esas resoluciones fueron matizadas en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en 1993 en la resolución conocida como «Maastricht» (BVerfGE 89, 155) y de nuevo en el 2009 en la resolución denominada como «Tratado de Lisboa» (BVerfGE 123, 267).

59. RÜTHERS, 2002: 368.

El derrumbamiento de un sistema suscita crisis judiciales y crisis entre los juristas, toda vez que se modifican las convicciones jurídicas y al sistema se le atribuyen nuevos contenidos materiales. El nuevo legislador no está siempre en condiciones de transformar automáticamente el orden jurídico heredado del viejo sistema, en conformidad con sus nuevos objetivos y deseos político-jurídicos. El legislador solo puede desarrollar, de manera muy general, unas normas limitadas que se inspiran en los nuevos valores. Por eso, la carga principal de efectuar las renovaciones jurídicas necesarias la tienen, en principio, los órganos judiciales, pues a la administración de justicia corresponde una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema, en el cual los casos individuales puedan encuadrarse tan bien como sea posible y sin contradicciones. Lo anterior se logró, en gran medida, gracias a la tolerancia con respecto al excesivo activismo judicial, y debido al reconocimiento expreso de la figura del «perfeccionamiento del derecho» (*Rechtsfortbildung*), realizado por el Tribunal Constitucional Federal; reconocimiento que suele fijarse con la sentencia Soraya (*Soraya Urteil*).

El semanario alemán *Das Neue Blatt mit Gerichtswoche* del consorcio *Axel-Springer* publicó, en 1961, fotos de la segunda esposa del Sha de Irán, la princesa Soraya Esfandiary-Bakhtiary. Concretamente, en la primera página de su edición del 29 de abril, bajo el título «Soraya: el Sha no me escribió más» (*Soraya: Der Schah schrieb mir nicht mehr*) y se publicó un informe especial con una entrevista exclusiva, que le fue concedida a una periodista por parte de la princesa. Esta entrevista reproducía supuestas afirmaciones de la princesa sobre su vida privada, durante su tiempo de convivencia con el Sha, así como después de su separación. En realidad nunca tuvo lugar, había sido inventada en su totalidad por la periodista.

Soraya entabló una demanda contra el diario y el Tribunal Regional (*Landgericht*) admitió la demanda, en la que se solicitaba el pago de una compensación por la violación de su derecho a la personalidad, y declaró al consorcio completamente culpable, sancionándole con el pago de 15 000 marcos alemanes. La apelación y la revisión de la recurrente no tuvieron éxito, por lo cual acudieron a la máxima instancia.

El semanario argumentó, en su recurso ante el Tribunal Constitucional Federal, la violación del Art. 2, párrafo 1 del Art. 20; párrafos 2 y 3 del Art. 5; párrafo 1, frase 2 y párrafo 2 del Art. 103; párrafo 2, todos de la Ley Fundamental, así como la violación de sus derechos fundamentales consagrados en los Arts. 3, 12, 14 de la Ley Fundamental.

Expuso que la aplicación del precepto, según el cual, en caso de una violación del derecho general de la personalidad, bajo determinados presupuestos, se debe pagar una compensación monetaria, aun en el caso de daños inmateriales, no se mantiene dentro del marco del orden constitucional; pues dicho precepto es violatorio del principio de división de poderes, contemplado en el Art. 20, párrafos 2 y 3 de la Ley Fundamental. El grupo editorial alegó que las sentencias impugnadas intervenían, de forma inadmisibles, en su libertad de actuar; alegaron igualmente que sostener la tesis de la indemnización por daños debía considerarse una actuación *contra legem*, toda vez que esas consecuencias jurídicas no se pueden derivar directamente ni por vía analógica de las disposiciones del Código Civil.

El caso de la princesa Soraya constituye el primer gran precedente, luego de la sentencia sobre revalorización, en que los jueces se separan tan abiertamente del derecho positivo. El Tribunal Constitucional Federal, en la resolución de 1973<sup>60</sup>, consideró que la tradicional sumisión del juez a la ley constituye un pilar fundamental del principio de separación de poderes, por ende, del Estado de Derecho. Sin embargo, la formulación que realiza la Ley Fundamental, de este principio, modifica ligeramente los términos de este, en el sentido de que la actividad jurisdiccional debe estar sometida «a la ley y al derecho». De este modo, la Ley Fundamental rechaza un positivismo estricto.

Los jueces consideran que esta formulación pretende mantener viva la conciencia de que la ley y el derecho, generalmente, coinciden en la resolución de 1973<sup>61</sup>, pero esta mutua correspondencia no existe siempre ni necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Puede existir, en ciertos casos, un «derecho» que vaya más allá de estas, frente a las normas positivas impuestas por el poder público. Su fuente se encuentra en el ordenamiento jurídico constitucional considerado en su totalidad, y es capaz de servir como «correctivo» del derecho escrito.

La sentencia Soraya está considerada uno de los precedentes más importantes de la jurisprudencia alemana, por cuanto esa resolución que termina de institucionalizar la figura del «perfeccionamiento del derecho», esto es, la polémica práctica hermenéutica en la cual los jueces van más allá del límite del tenor literal, en aquellos casos de ausencia de norma expresa y ante la prohibición de denegar justicia.

El perfeccionamiento del derecho ha sido inevitable en un gran número de casos controversiales<sup>62</sup>, no obstante, algunos autores advierten que se debe distinguir entre las decisiones que presentan un necesario «perfeccionamiento del derecho», en cuestiones que no fueron reguladas por el constituyente o el legislador y en las cuales se puede comprobar la existencia de lagunas, y aquellas otras decisiones en las que el Tribunal Constitucional Federal se desvía de los valores establecidos en la Ley Fundamental; reemplazándolos por otros, es decir, modificándolos sin ostentar la competencia correspondiente<sup>63</sup>. El perfeccionamiento del derecho se ha convertido, para ellos, en una especie de caballo de Troya para hacer parecer el establecimiento de normas en la

60. BVerfGE 34, 269. Sin declarar tan abiertamente la defensa de la creación del derecho como en la Sentencia Soraya, la jurisprudencia constitucional ya había anticipado su posición en 1953 en el Caso sobre la «Igualdad de derechos» (*Gleichberechtigung*) BVerfGE 3, 225 y, en 1969, en el caso de la «Ilegitimidad» (*Nichtehelichkeit*) BVerfGE 25, 167.

61. BVerfGE 34, 269. Sin declarar tan abiertamente la defensa de la creación del derecho como en la Sentencia Soraya, la jurisprudencia constitucional ya había anticipado su posición en 1953 en el Caso sobre la «Igualdad de derechos» (*Gleichberechtigung*) BVerfGE 3, 225 y, en 1969, en el caso de la «Ilegitimidad» (*Nichtehelichkeit*) BVerfGE 25, 167.

62. El perfeccionamiento del derecho posee una amplia historia también en materia laboral, toda vez que Alemania no cuenta con un Código de trabajo y, las leyes que protegen a trabajadores y trabajadoras se recogen en la Ley Fundamental, el Código de la seguridad social (*Sozialgesetzbuch*), convenios colectivos (*Tarifverträge*), convenios de empresa (*Betriebsvereinbarung*), así como por la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo.

63. JESTAEDT/LEPSIUS/MÖLLERS/SCHÖNBERGER, 2011: 406.

judicatura y la transformación de propósitos constitucionales, como un producto de una «interpretación objetiva» supuestamente científica<sup>64</sup>.

### 4.3. Tercer momento: No el guardián, sino el nuevo señor

El legislador goza actualmente de un curioso *requiem* en vida, pero, si lo comprendemos como un ser institucional, basado en la idea de continuidad que se renueva por las vías democráticas, es evidente que no puede morir, mientras el Estado continúe desarrollando sus funciones más esenciales y el principio de división de poderes sea respetado. No obstante, ha caído en la irrelevancia, pues una vez promulgadas sus obras normativas, su interpretación se convertirá en un asunto ajeno, algo asignado a otras instancias. Su obra, en definitiva, deja de pertenecerle.

BARTHES LE reprochaba al crítico literario que pretendiera imponer su interpretación, colocándose al nivel del autor, mientras que el juez constitucional, en su papel de crítico jurídico, expone, en ocasiones, una opinión autorizada que desplaza incluso al mismo legislador o constituyente. Ese nacimiento y éxito del modelo de una jurisdicción especializada (*El guardián de la Constitución*) se ha pagado, como diría BARTHES, con la muerte o, cuando menos, la condena a la irrelevancia del autor. Nadie defendió, en el debate entre SCHMITT y KELSEN, la tesis del autor como el guardián de su propio texto, y ahora resulta prácticamente obvio que esa labor se encuentra mejor tutelada en manos de un tribunal independiente. Sin embargo, la ausencia del autor en el debate acerca del sentido de su propio texto no deja de ser, cuando menos curiosa, desde la perspectiva lingüística.

El Tribunal Constitucional Federal, como puso de manifiesto la sentencia Soraya, no se ha sentido del todo complacido con su papel de guardián de la Constitución. Ese alzamiento solo ha terminado de confirmar un proceso, que dio inicio hace cien años con la creación del primer Tribunal Constitucional en Austria; una lenta, pero continua revolución contra los autores de las normas.

BARTHES señaló que esa ruptura se produce, en cuanto un hecho pasa a ser relatado, sin más función que el propio ejercicio del símbolo; la voz pierde su origen, el autor entra en su propia muerte, comienza la escritura. La interpretación constitucional y la ruptura con el autor han ido un paso más allá. En lo que al plano jurídico se refiere, no nos hallamos solo frente al ejercicio de un símbolo, sino también en un discurso que pretende poseer disposiciones y consecuencias definidas, en la medida que de ello se derivan esquemas de deberes y derechos. En resumen es un asunto de poder. El excesivo activismo judicial no es un tema nuevo, sino una extendida práctica, donde los tribunales constitucionales u ordinarios sobrepasan las competencias que les han sido asignadas. Se ha usurpado la función autoral, el legislador ha muerto.

64. RÜTHERS, 2014: 190.

Existe todavía un tercer momento. La figura del perfeccionamiento del derecho, muchas veces necesaria ante la presencia de lagunas, ha conducido a que en la práctica se hayan llevado a cabo modificaciones subrepticias a la Ley Fundamental desde Karlsruhe, sin necesidad de pasar por Berlín. Uno de los casos que más polémica ha despertado en los últimos años, si bien no el único<sup>65</sup>, se refiere a la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal sobre la «separación fiscal de los cónyuges para las parejas homosexuales» (*Ehegattensplitting für homosexuelle Paare*) del 7 de mayo de 2013<sup>66</sup>. Esta no ha hecho más que agudizar la discusión sobre los límites del establecimiento y la modificación de normas, por parte del guardián de la Constitución.

Este análisis acerca del reconocimiento de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, como matrimonio, es de naturaleza jurídica, no moral. Se estima conveniente que se regulen situaciones de convivencia, las cuales se apartan de la conservadora noción de «familia tradicional», con miras a crear una sociedad más inclusiva. Esta discusión se trata de algo distinto: ¿Esta resolución del Tribunal Constitucional Federal ha *interpretado*, *perfeccionado* o *modificado* la Ley Fundamental?, ¿poseen sus jueces la competencia para ello?, ¿debe aceptarse dicha práctica por el simple hecho de que se encuentra en sintonía con nuestra «concepción de justicia»?

La mayoría del tribunal, entiéndase los jueces Voßkuhle, presidente del tribunal; Lübke-Wolff, Gerhardt, Huber, Hermanns y Müller, decidió equiparar las uniones entre personas del mismo sexo con la denominada «familia tradicional». El principal argumento, que se implementó gradualmente en su jurisprudencia, es su opinión de que la diferencia de trato representa una discriminación para las parejas del mismo sexo, debido a su orientación sexual (razones C. I. y C.II. de la resolución). Esto contraviene el artículo 3 de la Ley Fundamental, el cual manifiesta que:

«(1) Todas las personas son iguales ante la ley. (2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. (3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico».

La mayoría del tribunal estimó que se corregía una odiosa discriminación hacia las uniones de personas del mismo sexo que, no solo no encontraba sustento en la Ley Fundamental, sino que contravenía el principio superior de igualdad.

Por su parte, el voto disidente, en manos de los jueces Landau y Kessal-Wulf, sostuvo que el artículo 3 de la Ley Fundamental no es una cláusula suprallegal, para vaciar de contenido situaciones establecidas por el constituyente. Al equiparar ambos casos,

65. Otras decisiones, en el área fronteriza de las competencias del tribunal, se produjeron en los casos «los soldados son asesinos» (*Soldaten sind Mörder* [BVerfG 93, 266.]); la cuestión del aborto (*Abtreibung* [BVerfGE 39, 1 y 88, 203.]) y la utilización de crucifijos (*Kruzifix Urteil* [BVerfG 93,1; cf. también BVerfG 35, 366.])

66. Vid. 7. 5. 2013 – 2 BvR 909/06 –, 2 BvR 1981/06 y – 2 BvR 288/07; *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, 2257; *Neue Justiz* 2013, 463.

se declara obsoleto el artículo 6 párrafo 1, de la Ley Fundamental el cual dispone: «El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal». El «matrimonio» goza de *protección especial* y el motivo radica en el interés fundamental del Estado por su propia existencia. El matrimonio y la familia aseguran la supervivencia del «pueblo del Estado», como la base de cada Estado. Por lo tanto, su protección especial *no sirve principalmente* al privilegio de «responsabilidad» y «comunidades de manutención», ya que existen entre estas muchos tipos diferentes con orientación sexual o sin esta. El matrimonio y la familia, a diferencia de otras formas de convivencia humana, fueron considerados esenciales para la preservación de la esencia del Estado, por parte de los creadores de la Ley Fundamental, según su conservadora perspectiva en 1949.

El matrimonio y la familia eran las comunidades creadas y adecuadas para sostener su Estado y la sociedad, a través de sus hijos, según la visión constitucional originaria establecida en Bonn. Esta *base necesaria de existencia* era el principal objetivo de protección de la posición especial constitucional y el consecuente mandato de diferenciación, frente a las equiparaciones legales de otras formas de convivencia humana<sup>67</sup>. Por lo tanto, el matrimonio y la familia eran algo distinto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, de acuerdo con la *valoración del constituyente*. De manera que la *protección especial* del matrimonio no debe ser nivelada, mediante el uso del principio general de igualdad. Quien desee cambiar eso, debe cambiar la Constitución.

Queda claro el significado y el propósito del artículo 6 párrafo 1 de la Ley Fundamental, el cual consagra una *garantía institucional de derecho constitucional* para la tutela particular del matrimonio y la familia, que es única en la Ley Fundamental. Se desprende de esto un mandato constitucional de diferenciación, frente a todas las otras formas legítimas de convivencia, que no pueden proporcionar esta función para la familia, la sociedad y el Estado. La decisión de la mayoría del tribunal, según el voto disidente, viene a suspender esta garantía institucional *contra el propósito normativo* del artículo 6 párrafo 1, de la Ley Fundamental.

No se desea negar al legislador o al constituyente el conceder los mismos derechos a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que al «matrimonio tradicional», dentro de los límites del respectivo orden constitucional y legal. Se trata de si el Tribunal Constitucional Federal tiene derecho de invalidar los propósitos normativos y los objetivos reglamentarios de la constitución existente, dentro del ámbito de su competencia; es decir, cambiar la Ley Fundamental de forma autónoma.

Solo al constituyente y también al legislador ordinario, dentro de los límites de la Constitución, corresponde redefinir conceptos jurídicos fundamentales como «matrimonio y familia», así como remodelarlos fundamentalmente, según los cambios drásticos de las estructuras fácticas, comportamientos y representaciones de valor, en aquellos casos que estime correcto. El Tribunal Constitucional Federal no se ha establecido como un motor para el «progreso» del derecho constitucional, aun en situaciones

67. De forma distinta Wasmuth, 2002: 47 ss.

socialmente deseables. Las experiencias históricas recomiendan acogerse a la prudencia, frente a tales incursiones individuales de los órganos de la administración de justicia.

Resoluciones de ese tipo marcan la muerte del legislador, mas el poder no admite vacíos, esa muerte ha traído consigo la instauración de una nueva dinastía. La separación de los tribunales de los propósitos originales y el adscribir nuevas interpretaciones, a los distintos textos normativos de las más diversas áreas del derecho, no han hecho más que confirmar que se ha producido una revolución, mediante la cual el guardián de la Constitución ha terminado por erigirse en el nuevo señor sobre la Constitución, en el caso de Alemania.

Alemania ha pasado de ser un Estado democrático de derecho a un «Estado judicial». Extensas áreas de todas las ramas del derecho se regulan, ya no a través del derecho producido a nivel parlamentario, sino de ese nuevo «derecho judicial», integrado por las actuaciones de los juzgadores. De esta forma, rige un hecho prácticamente indiscutible: el derecho pasa a ser aquello que los tribunales superiores competentes declaran como derecho vigente, hasta que se avecine el próximo cambio jurisprudencial. Esto se puede afirmar también, muy especialmente, del derecho constitucional (como hemos evidenciado aquí).

Las historias con las cuales da inicio a este estudio, recuerdan que es ingenuo mitificar los textos, al pensarlos como combinaciones lingüísticas, las cuales pueden ser leídas de una única forma, o bien, a los aplicadores como científicos autómatas e infalibles, quienes aplican el derecho libres de sus propias circunstancias y en ambientes siempre controlados<sup>68</sup>.

El lenguaje como medio de comunicación es, ampliamente dependiente del entorno de los actos de comunicación, como lo demuestran los procesos de comprensión de las palabras polisémicas. Existe una gran cantidad de conceptos, cuyo significado varía incesantemente en el transcurso del tiempo resemantizándose y ocasionando un escenario de diversas interpretaciones, cada una con sus respectivos defensores. Sin embargo, eso no elimina los cuestionamientos y el sano debate a que debe ser sometida cada una de las posibles interpretaciones, así como su coherencia e integración con otros principios del sistema jurídico, como el principio democrático o el principio de separación de poderes. A la luz de esto se debe analizar la actuación del Tribunal Constitucional Federal.

## CONCLUSIONES

1. Las distintas corrientes que componen el movimiento de derecho y literatura pueden ser sumamente útiles, para la comprensión de fenómenos y prácticas jurídicas. Los grandes asuntos de los que se ocupa el derecho, como orden, justicia, igualdad, libertad, valores y castigo, entre otros, se ven plasmados, de manera nítida, en las obras que

---

68. FRANK, 1949: 3 ss.

constituyen los clásicos de la literatura universal. Precisamente por eso, por abarcar cuestiones intemporales, trascienden su origen y se les puede releer en cualquier época.

Por eso, el estudio del derecho se puede enriquecer, a través del análisis de la literatura, o bien, de las teorías que analizan textos literarios, como el movimiento del *derecho como literatura*. Este movimiento considera que el discurso jurídico es un tipo especial del relato literario, cuya interpretación se puede abordar, desde el punto de vista hermenéutico, mediante la aplicación de métodos de crítica literaria. Tal familiaridad entre los métodos de interpretación de las leyes y de los textos literarios no es nueva, antes bien, la exégesis jurídica del siglo XIX es deudora de los métodos filológicos pre-vaicentes, durante la misma época, en los ámbitos literarios y teleológicos.

2. La teoría de la muerte del autor, defendida por BARTHES es, en muchos sentidos, un modelo que desafía uno de los dogmas de la teoría literaria clásica, según el cual la figura del autor se halla en el centro de toda la discusión hermenéutica. ÉL articula argumentos contra la forma tradicional de leer un texto, según la cual las referencias bibliográficas, el contexto histórico, la personalidad y el estado mental del autor son las fuentes primarias de todo análisis literario. Asimismo, marcó un punto de inflexión en la crítica literaria, con su pequeña revolución, al desacralizar su origen y reemplazarlo por la libertad hermenéutica, donde la voz del autor deja de gozar de una posición de privilegio y cede su lugar al lector, quien construye su propia interpretación. La lectura se revela, de ese modo, como una actividad creadora que no recibe una significación anterior, sino que produce sentido por sí misma. Nuestro conocimiento de un texto solo es posible, porque el texto mismo no tiene un significado fijado, definido, interno e inalterable.

3. El intento de aplicar la teoría de la muerte del autor a las prácticas hermenéuticas de los tribunales se enmarca en el movimiento del derecho como literatura. Este estudio demuestra que la muerte del autor literario, como fue defendida por BARTHES, presenta un paralelismo en el campo del derecho con la muerte del autor normativo, una muerte todavía más extrema y radical, puesto que no solo tiene lugar donde la única función es el ejercicio del propio símbolo, sino en un discurso que pretende poseer disposiciones y consecuencias definidas, en la medida que esquemas de derechos y deberes se derivan de ello. Ese proceso, que lleva ya prácticamente un siglo y ha terminado de condenar al legislador a la irrelevancia, cuando se trata de pronunciarse sobre el sentido de sus propias obras, ha transformado a los tribunales constitucionales, de Guardianes de la Constitución a nuevos señores sobre la Constitución, dando paso al surgimiento de los estados judiciales.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARTHES, R., (1966). *Critique et vérité*, Paris, Éditions du Seuil.
- BARTHES, R., (1970). *Mythologies*, Paris, Éditions du Seuil.
- BARTHES, R., (1972). *Le degré zéro de l'écriture*, Paris, Editions du Seuil.
- BARTHES, R., (1976). *S/Z*, Paris, Éditions du Seuil.
- BARTHES, R., 1984: *Le bruissement de la langue. Essais critiques IV*, Paris, Éditions du Seuil.
- BARTHES, R., 1985: *L'Aventure sémiologique*, Paris, Éditions du Seuil.
- BELLO HUTT, D., (2018). «Democracy, Law, Judges and Solitude. Some Reflections from Walden and the Lake Isle of Inisfree», *The Idea of Justice in Literature*, Wiesbaden, Springer VS.
- BERMAN, H., (1983). *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- BIN GORION, E., (1964). *Geschichten aus dem Talmud*, Frankfurt, Insel Verlag.
- BORGES, J.L., (2000). *Ficciones*, Madrid, Alianza Editorial.
- BOYD WHITE, J., (1973). *The Legal Imagination*, Chicago, University Of Chicago Press.
- CALVO GONZÁLEZ, J., (2003). *Derecho y narración: materiales para una teoría crítica y narrativista del derecho*, Madrid, Editorial Ariel.
- CALVO GONZÁLEZ, J., (2018). *La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho*, Granada, Comares.
- CALVO GONZÁLEZ, J., (2012). *El escudo de Perseo, Estudios de cultura literaria del derecho* Granada, Comares.
- CARDOZO, B.N., (1931). *Law and Literature*, New York, Harcourt, Brace & Co.
- DWORKIN, R., (1985). *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- ECO, U., (2013). *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milano, Edizioni Tascabili Bompiani.
- ESSER, J., (1970). *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Königstein, Athenäum Verlag.
- FALCÓN Y TELLA, M. J., (2015). *Derecho y Literatura*, Madrid, Marcial Pons.
- FISH, S., (1995). *Is there a text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, HUP.
- FOUCAULT, M., (1969). «Qu'est-ce qu'un auteur ?», *Dits et écrits 1954-1988*, tome I, Paris, Gallimard.
- FOUCAULT, M., (2003). *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- FRANK, J., (1949). *Law and the Modern Mind*, London, Stevens & Sons Limited.
- FULLER, L.L., (1949). «The Case of the Speluncean Explorers», *Harvard Law Review*, 62 (4): 616-645.
- GADAMER, H.G., (2010). *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- HOLMES, O.W., (1897). «The Path of The Law», *Harvard Law Review*, Massachusetts, 10 (8): 457-478.
- JESTAEDT, M./LEPSIUS, O./MÖLLERS, C.M./SCHÖNBERGER, C.S., (2011). *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren*, Berlin, Suhrkamp.
- KELSEN, H., (2019). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- KIERKEGAARD, S., (1929). *Über den Begriff der Ironie. Mit ständiger Rücksicht auf Sokrates*, München und Berlin, Verlag von R. Oldenbourg.

- KRISTAN, A., (2017). *Derecho y otros enigmas*, Madrid, Marcial Pons.
- LEDWON, L., (1996). *Law and Literature. Text and Theory*, New York, Garland Publishing.
- MARÍ, E.E., (1998). «Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja», *Doxa*, Alicante, 21: 251-287.
- MAURER, H., (2010). *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, 6. Auflage., München, C.H.Beck.
- MEIER-HAYOZ, A., (1951). *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Juris Verlag.
- MORAWETZ, T., (2007). *Literature and The Law*, New York, Wolters Kluwer.
- NIETO, A., (2002). *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta.
- NUSSBAUM, M., (1997). *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press.
- ORTEGA Y GASSET, J., (1984). *Meditaciones del Quijote*, Madrid, Cátedra.
- OSSENBÜHL, F., (1988). *Richterrecht in demokratischen Rechtsstaat*, Bonn, Bouvier.
- OST, F., y GAAKEER, J. (Eds.), (2008). *Crossing Borders. Law, Language and Literature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.
- OVEJERO, F., (2018). «La doctrina constitucional de Rufián», *El Mundo*, 5 de diciembre de 2018.
- PÉREZ VÁZQUEZ, C., (2006). «Derecho y literatura», *Isonomía*, 24: 135-153.
- PICARD, R., (1965). *Nouvelle critique ou Nouvelle imposture*, Paris, coll. « Libertés », J.-J. Pauvert.
- POSNER, R.A., (2009). *Law and Literature*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- RAZ, J., (1998). «Interpretation Without Retrieval», *Law and Interpretation, Essays in Legal Philosophy*, Oxford, OUP.
- RICCEUR, P., (1998). *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente del sentido*, México, Siglo XXI Editores.
- ROSENVALLO, P., (2009). *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Manantial.
- RÜTHERS. B./FISCHER. C./BIRK A., (2016). *Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre*, 9. Auflage, München, C.H. Beck.
- RÜTHERS, B., (2012). *Die unbegrenzte Auslegung*, 7. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck.
- RÜTHERS, B., (2002). «Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?», *JuristenZeitung*, 57 (8): 365-371.
- RÜTHERS, B., (2009). *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck.
- RÜTHERS, B., (2014). *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- SALAZAR CARVAJAL, P., ¿Qué pasaría si los abogados hablaran como la gente?, Texto sin publicar.
- SARTRE, J.P., (1948). *Qu'est-ce que la littérature?*, Paris, Éditions Gallimard.
- SCHMITT, C., (2015). *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot.
- SCHMITT, C., (2016). *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot.
- SCHMITT, C., (2017). *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot.
- SHAPIRO, S., (2002). «Authority», *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, OUP.
- TORRES, O. E., (Ed.) (2017). *Derecho & Literatura. El derecho en la literatura*, México, Editorial Libitum.
- WARD, I., (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press.

- WASMUTH J., (2002). «Zur Verfassungsmäßigkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft», *Der Staat*, 41 (1): 47-71.
- WIGMORE, J. H., (1908). *List of legal novels*, Northwestern univ. law pub. assoc.
- WITTGENSTEIN, L., (1953). *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell.
- WOODS, T. E., (2005). *How the Catholic Church builds Western Civilization*, Washington, Regnery Publishing inc.

