SÍLEX

FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD Y JUSTICIA



FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD Y JUSTICIA



Revista *Sílex*, volumen 6, N° 1 Revista interdisciplinaria de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya Enero – julio 2016

DIRECTOR

Bernardo Haour, S.J.

VICEDIRECTORA

Birgit Weiler, HMM

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Manuel Burga / Tony Mifsud / Rafael Fernández Hart, S.J. / Catalina Romero / Aldo Vásquez / Rafael Vega-Centeno / César Carrión

COORDINADOR DE ESTE NÚMERO SÍLEX

Alessandro Caviglia Marconi

EQUIPO EJECUTIVO

Leonardo Dolores / Isabel Lavado

De la presente edición:

© Universidad Antonio Ruiz de Montoya Av. Paso de los Andes 970, Pueblo Libre, Lima Telf. (51-1) 7195990 (a) 128 fondo.editorial@uarm.pe

CUIDADO DE EDICIÓN

Centro de Estudios y Publicaciones CEP Belisario Flores 681, Lince - Telf.: 471-7862

DISEÑO DE PORTADA Carlos Yáñez Gil

Ilustración de la p. 204: Tapa del manuscrito Sílex del divino amor, Lilly's Library, Universidad de Indianápolis, EE.UU. Todos los derechos reservados

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No.: 2016-09276

ISSN: 2310-4244

Impreso en el Perú por: Litho & Arte S.A.C.

Jr. Iquique, 046 – Breña. Tiraje: 300 ejemplares

Lima, julio 2016

CONTENIDO

Colaboran en este número	5
Presentación	9
Artículos	
Una filosofía del derecho desde la justicia como equidad Ronald Reyes Loayza	15
Reconocimiento del derecho colectivo a la Administración de Justicia Comunal en el Perú: Artículo 149 de la Constitución Política de 1993	
Gustavo Zambrano Chávez	41
Sobre la vigencia de la teoría habermasiana del Derecho en un mundo globalizado y plural <i>Manuel Zelada</i>	61
La teoría del derecho natural Alessandro Caviglia	93
Ensayos	
El sentido de injusticia y las luchas por la memoria Gonzalo Gamio Gehri	117
De Kant a Rawls: en torno al "derecho de gentes" Fidel Tubino	131

Algunas aproximaciones al debate constitucional anglosajón contemporáneo	
Jorge H. Sánchez Pérez	155
Argumentación jurídica y estado autoritario a propósito del caso "diarios chicha" Gilmer Alarcón Requejo	165
Reseñas de Libro	
Globalización, justicia y pobreza. de Franklin Ibáñez	185
Discernir. Una necesidad existencial de Alberto Simons, sj	188
INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES DE SÍLEX	195

ALGUNAS APROXIMACIONES AL DEBATE CONSTITUCIONAL ANGLOSAJÓN CONTEMPORÁNEO

Jorge H. Sánchez Pérez¹

Resumen

El continuo interés en el debate sobre derecho constitucional se configura como el área de investigación más importante dentro del campo del derecho en Latinoamérica. Considero que este interés se puede ver reforzado por el debate actual en la familia del Derecho Común (*Common Law*). Por tal motivo este paper se presenta como una breve introducción al estado del debate en el Derecho Civil. Se presentarán tanto el originalismo como el constitucionalismo del árbol vivo, en función de mostrar sus fortalezas y debilidades.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho común, derecho civil, originalismo, constitucionalismo

Abstract

The continued interest on constitutional law debate is set up as the most important area in the field of Latin America law. I believe that this interest can be seen reinforced by the current debate about family in Common Law. Therefore this paper presents a brief introduction to the state of the debate in the Civil Law. Originalism and constitutionalism of the living tree is presented in order of showing their strengths and weaknesses.

Keywords: constitutional law, Common Law, Civil Law, originalism, constitutionalism

¹ PhD in Philosophy Student en McMaster University, Sanchej@mcmaster.ca

INTRODUCCIÓN

El debate en materia constitucional en Latinoamérica se centra alrededor de la noción del neoconstitucionalismo. Sin embargo, esta noción ha sido desafiada como una teoría de interpretación constitucional por la literatura contemporánea (Fabra 2015). En el sistema anglosajón, donde predomina el "Common Law", las tendencias son otras y responden a un contexto de institucionalidad mucho más marcada que en nuestra región. Asimismo, el aparato conceptual que da lugar a este debate tiene una estructura sofisticada y completa, a diferencia del neo-constitucionalismo, que carece de tales elementos. El presente texto introducirá al lector a las dos corrientes contemporáneas que sirven para evaluar sus debates constitucionales. Sin profundizar mucho en el tema, buscaré mencionar algunas fuentes que pueden servir al lector a introducirse en la literatura y los problemas que enfrenta esta corriente.

ORIGINALISMO

El originalismo es una teoría de interpretación constitucional que busca interpretar la norma siguiendo el significado directo de la misma. Asimismo, cuando la norma presente vaguedad o indeterminación, debería apelarse a diferentes estrategias que nos permitan comprender el sentido original de la misma. Esto parece ser una respuesta bastante directa y, algunos podrían decir, hasta intuitiva. Sin embargo, el recientemente fallecido Joseph Scalia, juez de la corte suprema de los Estados Unidos de América, mostró que esta visión puede llevar a conclusiones muy controversiales. Mediante el uso de esta teoría de interpretación llegó a justificar la oposición a los derechos de los homosexuales, al sistema universal de salud, a las acciones afirmativas, entre otras. Asimismo, postulaba que en base a una lectura originalista de la constitución de su país, se podría aceptar la criminalización de inmigrantes, la posibilidad de que las personas porten armas tales como un lanzamisiles, e incluso llegó a afirmar que la Constitución no prohíbe expresamente la discriminación entre hombres y mujeres. Para comprender esta teoría de interpretación, presentaré primero una

división dual y luego una triple. Esto me permitirá mostrar las diferentes variables que puede tomar esta teoría.

En primer lugar, tenemos la división entre el "simple-minded originalism" (de ahora en adelante originalismo simplista u OS) y el "original public meaning" (de ahora en adelante significado público original o SPO). Esta división es importante para la presentación y defensa del primero que lleva a cabo Larry Alexander. Cuando hablamos de OS, hablamos de una teoría de interpretación que prescribe el descubrimiento o apertura al significado de las palabras que manejaban los autores de una Constitución (Alexander, 2011, p. 2). Así, cuando un operador jurídico interprete la norma, debe hacerlo de acuerdo con lo que los autores de tal norma pensaron al hacerlo o en base al significado que tenían las palabras cuando la norma fue escrita. Por otro lado, al hablar de SPO, nos referimos a la búsqueda del significado de las palabras que era vigente en la sociedad. Es decir, no importa el significado especial que los legisladores tuvieron en mente, importa lo que en su momento la sociedad entendía por esas palabras.

En segundo lugar, tenemos la división que hace Heidi Hurd del originalismo como fue presentado por Alexander y Sherwin. Para ella es posible identificar tres formulaciones del originalismo que pueden enmarcar a todas las demás. Cada una de éstas podría ser leída como una teoría independiente, pero para efectos del presente trabajo se presentarán como versiones del originalismo. La primera versión es aquella donde se afirma que la ley tiene una autoridad de tipo influencial. La segunda versión es aquella donde se afirma que la ley tiene autoridad de tipo práctico. Finalmente, la tercera versión es aquella que busca interpretar la ley en base a la autoridad teórica de la ley. Cada una de estas versiones requiere ser explicada de forma independiente, en función de identificar el elemento central de cada una, así como la principal crítica que se les puede hacer.

La autoridad influencial busca que la persona siga la norma escrita de forma tal que se pueda identificar el significado que le atribuían los que la redactaron (legislador de ahora en adelante). Así, si un juez se enfrenta a una situación, ya sea ambigua o no, lo primero que debe hacer es buscar las intenciones de los autores. Esto, en principio, busca que tanto la interpretación como la aplicación de la ley a casos concretos sea gobernada por tales intenciones. Si uno adopta este tipo de lectura, se deriva una aceptación implícita de la premisa de que la ley está proporcionando una razón adicional para la acción (Alexander, 2011, p.14).

Uno de los grandes problemas que presenta esta lectura es el conteo doble. Este problema reside en el hecho de que el usuario ya tiene razones determinadas para la acción y la ley, en este caso la que se quiere presentar como directa y clara, sirve únicamente para justificar tal acción. Es decir, se asume que la ley provee de nuevas razones cuando en realidad está respaldando la razón original para la acción. Esto genera una apertura a la distorsión de lo que el texto originalmente señala y, por ende, se puede terminar por favorecer la conveniencia del usuario. Si es que uno se inclina por este camino, puede terminar favoreciendo las intenciones originales y no las del legislador (Alexander y Sherwin, 2008, pp. 10-14).

La segunda versión presentada es la de la autoridad práctica. Esta versión tiene como punto central la afirmación de que la ley no proporciona al usuario razones adicionales para la acción, sino que provee de nuevas razones para la misma. Esta forma de comprender la autoridad de la ley radica en el hecho de que la ley debe ser obedecida debido a sus cualidades especiales. Para esta formulación, los legisladores tienen un conocimiento elevado de los asuntos sobre los cuales legislan. Este conocimiento se ve reflejado en el uso y significación de las propias palabras utilizadas.

Acá se atribuye un cierto valor moral a la ley. Se le considera una solución directa a cualquier problema debido a que si se respeta el supuesto "la ley es la ley" se estaría garantizando un bienestar a toda la comunidad (Alexander y Sherwin, 2008, pp.14-22). En aquellos casos en los cuales la ley sea imprecisa, el actor jurídico que tenga a su cargo la interpretación deberá intentar identificar el sentido que le quiso atribuir el legislador.

Esta versión del originalismo presenta diversos problemas. En primer lugar, se exige a los operadores jurídicos que rechacen el uso de la razón propia, en función de aceptar la de la ley. En segundo lugar, se asume que el mandato de la ley debería ser suficiente para resolver los problemas que se presenten ante el operador jurídico. Este razonamiento lleva a descartar la intención del legislador como un elemento relevante para el análisis de la ley. Lo paradójico de esta versión del originalismo es que, ante la presencia de algún tipo de ambigüedad en la norma, se vuelve a depender de un análisis de las intenciones del legislador. Si es que una ley tiene dos posibles interpretaciones, esta versión nos deja con la pregunta ¿cuál usar?

La versión final del originalismo que presentaré es la de la autoridad teorética. Esta versión del originalismo apela a reconocerle a la ley un tipo de autoridad práctica, mientras que se reserva el derecho de evaluar tales juicios de valor. Como vimos en la versión de la autoridad influencial, esto implica brindarle al operador jurídico nuevas razones para llevar a cabo una determinada interpretación de la ley. De tal forma se reconoce un tipo de autonomía a este último, en función de reconocer las capacidades deliberativas de los individuos. Sin embargo, debido al valor de la norma como elemento central de la vida política de los sujetos, se prefiere que se siga lo indicado por la misma en la mayoría de casos. Además, debido al costo (tiempo, esfuerzo, etc.) que presenta a los usuarios este tipo de análisis, es comprensible que se prefiera apelar a la norma como referencia de acción. Pero esta formulación reconoce que es posible que una norma adquiera una forma que pueda llevar a interpretaciones ambiguas o poco claras. En ese caso se debería apelar a la intención del legislador para resolver tal problema.

Los diversos problemas del originalismo saltan a la luz de forma rápida. En primer lugar, al hablar de Constituciones que han perdurado por mucho tiempo, ¿cómo es posible argumentar que las palabras signifiquen lo mismo ahora que hace doscientos años? ¿Cómo puede llegarse a conocer las intenciones reales de las personas que escribieron las normas, siendo que estas personas murieron hace cientos de años? ¿Un documento redactado hace cientos de años o incluso hace

décadas, puede vincular a las personas en el futuro de la misma forma que lo hizo al principio?

CONSTITUCIONALISMO DEL ÁRBOL VIVO

Una forma de superar tales dificultades es la que propone el constitucionalismo del árbol vivo. Esta teoría de la interpretación tiene por eje central reconocer que las constituciones son entidades vivas y en constante evolución. Por tal motivo, es tan innecesario como erróneo reducir las Constituciones, y su interpretación, a las intenciones originales o al significado de las palabras de los legisladores que las crearon. Esto se vuelve más claro cuando analizamos el componente ético detrás de las construcciones jurídicas tales como "el derecho al libre tránsito" o el "derecho a la libertad personal" o "el derecho a la igualdad". La interpretación de todos esos derechos ha ido mutando a lo largo del tiempo, permitiendo que su aplicación se vincule a los tiempos donde tales derechos fueron discutidos. Dentro de los principales aportes del constitucionalismo del árbol vivo es que, al no recurrir al documento como elemento fijo y estático de interpretación, puede evitar las preguntas que se derivan de tal enfoque. Preguntas tales como ¿cuáles fueron las intenciones de los legisladores? ¿Cuál es el significado "exacto" de las palabras que se usan? Asimismo, permite que el enfoque sea la actualidad en función de superar problemas presentes. Dentro de esta escuela, dos de los autores más representativos son David Strauss y Wil Waluchov. En su desarrollo teórico han buscado desarrollar modelos interpretativos tanto para los Estados Unidos de América como para Canadá, respectivamente.

Sin embargo, la idea de que el juez tiene por función desarrollar una interpretación constitucional amplia, en base tanto a principios como a la realidad del momento, podría abrir la caja de Pandora. Estamos ante un modelo que fácilmente podría derivar en la construcción constitucional y no quedarse en la interpretación.

En ese sentido, si el juez empieza a construir la Constitución mientras la interpreta, una nueva pregunta aparece: ¿para qué sirve la

Constitución si el juez constitucional es "todopoderoso"? Asimismo, una cuestión de legitimidad aparece. Uno de los principios más importantes que hemos recibido de la Ilustración es la separación de poderes. La propuesta de controles y balances de autores como John Locke y, en una forma más similar a la actual, Montesquieu, tiene valor como elemento de estabilidad del poder político. Si un solo poder, el tribunal constitucional, tiene en sus manos la posibilidad de "creación" del derecho en base a su interpretación, podríamos romper con esta separación. Al final, podría argumentarse, estaríamos frente a poderes no electos democráticamente decidiendo en materia política.

A pesar de todos estos problemas, tiene gran mérito en lo postulado por el constitucionalismo del árbol vivo. El esfuerzo por tratar de actualizar principios de orden constitucional en función de responder a las necesidades modernas, no es un trabajo fácil. La dificultad teórica que busca superar es la de alcanzar una comprensión de la filosofía política y moral detrás de los procesos jurídicos, que alcanzan el clímax del debate en el ámbito constitucional.

Una de las formulaciones más interesantes de esta forma de interpretación se presentó en el caso "Marsh v. Chambers" de 1983, donde en una decisión disidente los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América Brennan y Marshall indicaron que:

"...los miembros del primer Congreso deben ser tratados, no como figuras sagradas cuyas acciones deben ser emuladas, sino como los autores de un documento que tenía por meta sobrevivir al paso del tiempo. En efecto, el debido respeto por los legisladores originales nos prohíbe asumir una concepción tan estática e inerte de su trabajo. En mi mente, el enfoque que ha tenido la Corte (Suprema), en un solo y obtuso elemento de la historia, es, en un sentido fundamental, una traición a las lecciones de la historia..."

IDEAS FINALES

Para Marmor (2008), la división es importante en términos del lenguaje usado. El debate puede ser planteado en términos de las diferencias

entre aquellos que defienden una visión dinámica del texto constitucional y de aquellos que la ven como una unidad estática. Esta incorporación de la filosofía del lenguaje es un paso relativamente nuevo para la interpretación constitucional y se encuentra en proceso de profundización por la academia.

Finalmente, es relevante notar que mucho del constitucionalismo anglosajón deriva de una tradición constitucional que no existe en muchos países de Latinoamérica, y menos en Perú. En nuestro medio la idea de que la Constitución es un documento que puede ser cambiado ante los designios de un presidente u ordenamiento legislativo particular, debe ser rechazada. Las Constituciones tienen valor como entidades que brindan estabilidad a diversas sociedades. Modificarlas, más allá de las propias formas que la Constitución brinda, no provee un mejor marco de trabajo, sólo destruye la búsqueda de institucionalidad a la que cualquier sociedad que quiera paz social debe apuntar.

Referencias

Alexander, L.

2011 Simple-minded Originalism. In Grant Huscroft & Bradley W. Miller (eds.), *The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory*.

Alexander, L. and Sherwin, E.

2008 Demystifying Legal Reasoning. New York: Cambridge University Press.

Berman, M. N.

2011 Constitutional Interpretation: Non-originalism En *Philosophy Compass*, 6: (6), pp. 408–420

Brink, David O.,

2014 Originalism and Constructive Interpretation (September 3, 2014). San Diego *Legal Studies Paper* No. 14-167.

Fabra, J y Núñez, A. (Eds.)

2015 Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas dela UNAM.

Goldsworthy, J.

2009 Constitutional Interpretation: Originalism. En *Philosophy Compass*, 4 (4), pp. 682–702.

Hurd, Heidi M., Interpretation Without Intentions

2015 University of Illinois, College of Law Legal Studies, Research Paper No. 15-31.

Marmor, A.

2008 The Pragmatics of Legal Language. En Ratio Juris 21 (4), pp. 423-452

Perry, J.

2011 Textualism and the Discovery of Rights. En A. Marmor & S. Soames (Eds.) *Language in the Lan*, (pp.105-129), Oxford: Oxford University Press.

Waluchov, W.J.

2007 A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree. New York: University Press. Cambridge.

Weber, G.

2012 *The negotiable constitution*, Cambridge: Cambridge University Press.