

# Ficciones constitucionales. Elementos introductorios para el estudio de las ficciones jurídicas en las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano<sup>1</sup>

*Constitutional Fictions. Introductory Elements for the Study of Legal Fictions in the Constitutions of the New Latin American Constitutionalism*

Édgar Hernán Fuentes-Contreras

 <https://orcid.org/0000-0002-1066-0999>

Universidad de Los Andes, Chile.

Correo electrónico: edgar.fuentes@miuandes.cl

Luz Eliyer Cárdenas Contreras

 <https://orcid.org/0000-0001-7986-4343>

Universidad de los Andes, Chile

Correo electrónico: Lecardenas@miuandes.cl

**RECIBIDO:** 1 de agosto de 2022  
**ACEPTADO:** 23 de enero de 2023

**RESUMEN:** El derecho, como lenguaje, cumple diferentes funciones comunicacionales que logra, en buena medida, a través del uso de herramientas y dispositivos narrativos. Entre ellos se destacan las ficciones jurídicas, las cuales, lejos de retratar la realidad, buscan crear una verdad jurídica. En el caso de las ficciones constitucionales, éstas son, con frecuencia, malinterpretadas, lo que lleva a su degeneración. En este texto, más allá de ofrecer un acercamiento conceptual a la figura de las ficciones constitucionales, se ofrece un análisis introductorio en cuanto a la forma en la que ha ocurrido esto en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

**Palabras claves:** Constitución, derecho constitucional, constitucionalismo, nue-

<sup>1</sup> \*Artículo de investigación que expone resultados vinculados a los proyectos de investigación posdoctoral y doctoral de los autores, respetivamente, en su calidad de becarios en la Universidad de los Andes, Chile. Asimismo, los autores agradecen los comentarios y observaciones realizados por el investigador Daniel Rivas-Ramírez, los cuales enriquecieron el desarrollo del texto.

vo constitucionalismo latinoamericano, ficciones jurídicas, ficciones constitucionales.

**ABSTRACT:** *Law, as a language, fulfills different communicational functions that it achieves, largely, through the use of narrative tools and devices. Among them, legal fictions stand out, which, far from portraying reality, seek to create a legal truth. In the case of constitutional fictions, these are often misinterpreted, leading to their degeneration. In this text, beyond offering a conceptual approach to the figure of constitutional fictions, an introductory analysis is offered as to how this has occurred in the context of the new Latin American constitutionalism.*

**Palabras clave:** *constitution, constitutional law, constitutionalism, new latin american constitutionalism, legal fictions, constitutional fictions.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Función comunicacional del derecho: un referente conceptual desde el derecho y la literatura. III. El concepto de ficciones y su aplicación en el derecho. IV. Constitución, constitucionalismos y ficciones constitucionales. V. A modo de conclusión. VI. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando se suele pensar en la narrativa jurídica, una idea recurrente sobre ella está mediada por la intención de “generalización y estabilización de expectativas de conducta” (Luhmann, 2018, p. 35). En efecto, dicha idea se edifica en el dogma que determina que las normas jurídicas conforman un sistema y que, por demás, ellas pueden ser objeto de procesos cognitivos desde diferentes metodologías o enfoques (mono o multidisciplinares) (Fuentes & Cárdenas, 2018, pp. 163-188).

Pese a que esta visión del derecho ostenta elementos restrictivos —y que no es capaz, por voluntad u olvido, de dar cuenta de los aspectos prejurídicos—, sí permite hacerse el cuestionamiento sobre el papel comunicacional de la regulación jurídica.

Justamente, si la regulación condiciona las acciones u omisiones para obligar, facultar, permitir o prohibir, su formulación requiere de la inclusión de diferentes tipos de recursos literarios que satisfagan las funciones perseguidas (Ferrari, 2015). De allí que no sea extraño que se valga de enunciados descriptivos, presunciones, analogías y ficciones, entre otras, que faciliten la comprensión, el acatamiento y la aplicación por parte de los receptores.

Pues bien, estos recursos comunicacionales no son particulares de un único precepto, sino que, por el contrario, recorren la totalidad de los es-

calonamientos del sistema, existiendo desde las normas constitucionales hasta los actos entre y de particulares. Sólo que cuando su uso se ubica en las normas de rango superior, su expansión y efecto se hace mayor debido a la gradualidad, a la exigencia de coherencia, al principio de jerarquía y a la autorreferencialidad del sistema jurídico.

En ese sentido, el actual texto, partiendo de una metodología exploratoria, muestra una reflexión sucinta sobre las ficciones constitucionales, en general, y su uso en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Con tal fin, y siendo éste un resultado preliminar de investigación, se dará énfasis al marco conceptual que brinde elementos para, posteriormente, profundizar sobre cuáles son los limitantes prácticos de la asimilación de las ficciones constitucionales, en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Para ello, el texto cuenta con tres acápites, previos a las conclusiones, que exponen la función comunicacional del derecho desde la percepción *derecho-literatura*, para después abordar la noción de ficción aplicable a los sistemas jurídicos y finalizar con los elementos relacionados con el constitucionalismo señalado y las respectivas ficciones que lo sustentan y lo presentan como promesa.

## II. FUNCIÓN COMUNICACIONAL DEL DERECHO: UN REFERENTE CONCEPTUAL DESDE EL DERECHO Y LA LITERATURA

Hasta la noción simple del lenguaje —como facultad para comunicar—,<sup>2</sup> o inclusive aquellas más complejas que parten de la diferencia entre internalismo (lenguaje como una competencia cognitiva) y externalismo (lenguaje como un sistema de signos estructurados desde la convencionalidad [Ricoeur, 2008]), terminan observándolo como un fenómeno que no responde a un carácter estático (Ríos, 2010, p. 25). Antes bien, las realidades fragmentadas, eventuales trasplantes y adaptaciones que se construyen tanto en lo coloquial como en el lenguaje técnico, dan cuenta de los procesos de transformación del lenguaje.

En este último campo del lenguaje; es decir, el técnico, sobresale aquello que se denomina, genéricamente, *derecho*. Si bien carece de univocidad, se indica que éste, en una perspectiva jurídica, cuenta con un mínimo de tres sentidos: a) como norma; b) como sistema, y c) como ciencia (Fuentes, 2015, 109-128).

<sup>2</sup> “El lenguaje es a facultad que permite la comunicación entre las personas y constituye una base fundamental. Se manifiesta en diversas lenguas que presentan gran variedad y riqueza y que caracterizan la naturaleza humana, pues hacen posible la vida mental, social y cultural, la historia y el conocimiento” (Cucatto, 2010, p. 17).

Dichos sentidos comparten, transversalmente, el efecto de que el derecho, ante todo, comunica algo, y, en consecuencia, como lenguaje, es abierto, cambiante y no neutral (Acosta & Betancur, 2020):

a) *Como disposición, un deber.*<sup>3</sup> De ahí que la norma jurídica se funde, con regularidad, en un lenguaje prescriptivo; es decir, que busca direccionar la conducta humana del interlocutor.<sup>4</sup> Por tanto, cuenta con un emisor (establecido por el dictamen de la competencia o capacidad), un receptor o receptores (según la generalidad de la norma), un mensaje (el deber mismo) que cuenta con un código (signos y reglas que originan el lenguaje jurídico) que se transmite por un canal (publicidad de la norma), se limita por el ruido (aspectos que distorsionan la finalidad original con la que fue prevista la disposición) y se vincula con un contexto (elementos crono-topológicos en los que se produce la disposición).

b) *Como sistema autorreferencial y autopoietico*, la dicotomía entre derecho/no derecho propia de la dualidad entre sistema/entorno<sup>5</sup> y las reglas y principios de interacción entre las diferentes normas jurídicas que yacen al interior del sistema.

c) *Como ciencia, un metalenguaje*<sup>6</sup> que parte de los juicios de realidad o descripciones que pueden generarse a partir del lenguaje objeto o norma jurídica que serán abordados para su asimilación a través de las competencias derivadas de las actividades de entender, comprender e interpretar. (Fuentes, 2020, 9-29)

<sup>3</sup> “Toda la Ética, en la que el derecho se funda, consiste en deberes o servicios debidos; pero los que atañen al derecho son tan sólo aquellos deberes o servicios socialmente exigibles —es decir, por la intervención de un juicio socialmente establecido— porque se consideran necesarios para la conveniente convivencia” (D’Ors, 1999, p. 12).

<sup>4</sup> “Un enunciado descriptivo es aquel que formula y transmite informaciones sobre el mundo («La nieve es blanca», «La nieve es azul»). Un enunciado prescriptivo es un enunciado dirigido a modificar el comportamiento de los hombres («No matar», «Prohibido fumar», etcétera). Es descriptivo el lenguaje de la ciencia; es prescriptivo aquel del derecho (y de la moral). Entre enunciados descriptivos y prescriptivos existe una diferencia realmente importante: los enunciados descriptivos tienen valores de verdad, es decir, pueden ser verdaderos o falsos; por su parte, los enunciados prescriptivos carecen de valores de verdad, es decir, no pueden ser ni verdaderos ni falsos” (Guastini, 2016, p. 23).

<sup>5</sup> “La teoría de sistemas debe mucho de sus éxitos y cualidad dinámica al hecho de que veía los sistemas como abiertos al entorno y adaptativos” (Teubner, 2017, p. 27; Luhmann, 1996a; 1996b).

<sup>6</sup> Haciendo una sinonimia con el derecho como ciencia, el metalenguaje se enmarca en un lenguaje que “no tiene como objeto cosas extralingüísticas sino otro lenguaje: a) Se suele llamar «metalenguaje» al lenguaje mediante el que nos expresamos... b) Se suele llamar «lenguaje-objeto» al lenguaje del que hablamos... Se suele decir también que un metalenguaje y su lenguaje-objeto se colocan en dos niveles diferentes del lenguaje: el metalenguaje está «por encima» del lenguaje-objeto, en el sentido de que versa sobre aquel” (Guastini, 2016, p. 23).

Este carácter comunicacional que se puede reconocer en el derecho dio pie para la expansión de aquello que se conoció como *derecho y literatura*. Y si bien como movimiento encuentra espacio durante el siglo XX<sup>7</sup> —y como percepción con bastante anterioridad a dicho siglo (Jiménez & Caballero, 2015)—, su manifestación reciente se atribuye a la publicación, en 1973, del texto *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression* (White, 1973). Una obra que muestra un vínculo necesario entre estas dos expresiones culturales y atribuye un papel vital a la literatura y sus herramientas para facilitar la comprensión y aplicación del derecho.<sup>8</sup> Bajo los anteriores fundamentos y su diversificación, este movimiento se abrió paso en los planes de estudio de diferentes centros universitarios de Estados Unidos, viéndose favorecidos por características propias de su modelo jurídico.<sup>9</sup> Sólo que el movimiento no se limitó a los Estados Unidos; también llegó al contexto de Europa y América Latina, en las propuestas de países como, por ejemplo, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú,<sup>10</sup> Dándose origen a seminarios, congre-

<sup>7</sup> Con todo, “El Derecho y Literatura puede ser considerado un movimiento cuyo desarrollo acompaña, prácticamente, la evolución de la historia del siglo XX. Resulta útil dividirlo en tres períodos bastante distintos, según sugiere Sansone (2001, p. 2), a fin de facilitar la comprensión: el primer momento es el punto de partida, en el comienzo del siglo y hasta el fin de la década del 30, cuando surgen los primeros escritos propiamente sobre Derecho y Literatura, tanto en el escenario jurídico europeo cuanto en el estadounidense; el segundo momento es un período intermedio, en que se advierte la continuidad en la producción de las investigaciones, con la profundización y la difusión de sus estudios en especial en Europa, en las décadas del 40 y 50, y con el renacimiento estadounidense del movimiento *Law and Literature*, en la década del 70 (18 a 43); y, por fin, el tercer momento, cuando ocurre el arraigo curricular del estudio del Derecho y Literatura en el interior de los departamentos universitarios y de los centros de investigación, a partir de la década de 80” (Trindade & Magalhaes, 2009, pp. 175 y 176).

<sup>8</sup> “I began this Introduction by asking this question, meant to capture the essence of many such questions I have heard: «How can literature have anything to say to lawyers when literature is inherently about the expression of individual feelings and perceptions, to be tested by the criteria of authenticity and aesthetics, while law is about the exercise of political power, to be tested by the criteria of rationality and justice?» I hope the reader can now see something of what I mean when I say that this question misstates everything it touches. Literature and law are both about reason and emotion, politics and aesthetics; they both promise to integrate what that question falsely separates, and to do so by drawing attention to what is at stake whenever one person writes or talks to another” (White, 1988, p. 751).

<sup>9</sup> En efecto, entre esas características se cuentan, verbigracia: a) existe una visión histórica del derecho derivada de la influencia del *common law* (Pereira, 2010); b) se otorga mayor relevancia a la producción normativa como efecto de la repetición, por encima de la creación del derecho por decisión; c) no tuvo cabida un modelo de educación del derecho basado en el *mos italicus tardío* (Conteras & Cárdenas, 2017); d) yace una tendencia dirigida hacia el pragmatismo y al realismo epistemológico, y e) la existencia, desde la década de los veinte del siglo XX, del realismo jurídico estadounidense (Cairns et al., 2018; Marzocco, 2018).

<sup>10</sup> Una recopilación sobre los países puede verse en, entre otros, Arango, 2019. Igualmente, para Latinoamérica, en Douglas, 2017, pp. 181-192.

sos, asignaturas, cátedras, publicaciones, revistas y diferentes manifestaciones (Zolezzi, 2013) que compartían los referentes (Magris, 2008) sobre el derecho *de la* literatura, el derecho *como* literatura y el derecho *en la* literatura.<sup>11</sup>

Estas nociones reconocen, por ende, por lo menos tres conexiones entre derecho y literatura:<sup>12</sup> una *pragmática*, dada por el hecho de que tanto las soluciones jurídicas como las narraciones de la literatura surgen, normalmente, de la observación del entorno social (Zolezzi, 2013, p. 384); otra *comunicacional*, debido a que ambas se materializan en la palabra, sea mediante modalidades orales y/o textos (Pérez, 2006, 143-144), y, al final, la conexión *creativa*, basada en que ambos son productos de índole cultural (Marí, 1998, p. 251; Sáenz, 2018, p. 143; Calvo, 2018, p. 1268) que suelen tener su sustento en las ficciones.

Tales conexiones han tenido momentos diferentes donde se favorece, en mayor o menor medida, su estudio. De ahí que, dependiendo, en mucho, del enfoque de aplicación, la relación entre las disciplinas y el interés explicativo, la profesora Sáenz planteó una clasificación bastante acertada de momentos del movimiento, la cual se complementa sugiriendo una quinta etapa, tal y como se aprecia en la siguiente tabla:

<sup>11</sup> “Primero, nos encontramos con el derecho de la literatura, una perspectiva que normalmente ha sido reservada para los abogados. Bajo esta perspectiva se pueden analizar la libertad de expresión que gozan los autores, la historia jurídica de la censura, las demandas que surgieron a propósito de obras que, en su tiempo, fueron consideradas como escandalosas... Una segunda perspectiva puede ser el estudio del Derecho como literatura. En este caso, se puede considerar la retórica judicial y parlamentaria; se puede estudiar el estilo particular de los abogados, un estilo que es a la vez dogmático, tautológico y performativo. Se pueden comparar métodos de interpretación entre textos literarios y textos jurídicos. Esta clase de perspectiva ha sido desarrollada ampliamente en los Estados Unidos... Por último, la perspectiva por la que yo me decanto estudia el Derecho en la literatura. Desde luego no se estudia el Derecho técnico, aquel que encontramos en los diarios oficiales, en los tratados y en las doctrinas... No, el Derecho que busco en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales a propósito de la justicia, del Derecho y del poder” (Ost, 2006, pp. 334 y 335).

<sup>12</sup> Una extensión de estas conexiones las presenta el profesor Andrés Botero Bernal a través de la clasificación de modelos de abordaje: retórico, expositivo, metodológico, analítico, jurídico y estético (2007, pp. 46-54).

**Tabla 1. Tendencias del movimiento *derecho y literatura*<sup>13</sup>**

No.	Momentos	Periodo	Mirada		Tipo y vocabulario de la relación		Material	
			Hacia arriba	Hacia abajo	Asimilación	Diálogo	Teoría	Novela
1	Humanista	70s		X		X		X
2	Hermenéutico	80s	X		X		X	
3	Narrativo	90s		X		X		X
4	Estudios culturales de Derecho	2000s	X		X		X	
5	Interpretativa	Post 2010s		X		X	X	

Ahora bien, centrando el interés en el quinto momento, se debe decir que éste se fundamenta en la distinción básica entre hermenéutica e interpretación. Y aunque dichos vocablos se toman como sinónimos, lo cierto es que

...la hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar textos, y en derecho, sin ser el único objeto sujeto de interpretación, especialmente se hace referencia a la interpretación de la norma jurídica en cuanto a su manifestación textual... [Mientras] La interpretación jurídica puede entenderse desde dos vertientes: como proceso (actividad) y como producto (Hernández, 2019, p. 47).

De tal modo, la interpretación no tiene necesariamente un objeto textual, aun cuando no lo descarte, sino que se basa en aquello que comunica un mensaje. En esa orientación, aportes significativos han efectuado

<sup>13</sup> Como se anticipa, el cuadro toma como fuente principal y referencia el trabajo realizado por la profesora María Jimena Sáenz. Sin embargo, se integra la quinta etapa y se modifica el período de la cuarta. Señala la autora sobre sus etapas: "La periodización más atractiva del movimiento segmenta: una primera etapa «humanista» desarrollada entre 1970 y 1980; una segunda etapa «hermenéutica» dominante entre 1980-1990 que aglutina trabajos centrados en la problemática común de la «interpretación», con fuerte impronta teórica que deja atrás a las obras literarias; un tercer momento «narrativo» durante los noventa, que vuelve hacia la literatura en su aspecto «narrativo» y reacciona frente a los excesos de hermetismo de la teoría; y una cuarta etapa de «estudios culturales» que vuelve a aplanar la diferencia literaria para situarla en el terreno más general de la cultura (Baron, 1999 y Peters, 2005). El esquema general que siguen las etapas de la producción del movimiento puede leerse como un movimiento pendular entre el énfasis en la diferencia literaria (etapas 1 y 3) y la asimilación (etapas 2 y 4); así como una oscilación entre dos tipos de miradas, dos tipos de materiales literarios a los que se recurre y dos vocabularios para pensar la relación" (Sáenz, 2019, p. 276).

lo que se conoce como la teoría comunicacional del derecho (Robles, 1996; 2010, 2015a; 2015b; Sterling & Osma, 2018, p. 243; Hermida, Roca & Medina, 2020; Santos, 2017, p. 157), que, basada en tres niveles de estudio conectados en sus metodologías y formas, propone que en cada uno de estos niveles hay homólogos en el universo jurídico y en el literario. Esto se puede apreciar a continuación:

Tabla 2. Niveles en la teoría comunicacional del derecho

<i>Teoría comunicacional</i>		
<i>Área jurídica</i>	<i>Área lingüística</i>	<i>Función (general) compartida</i>
Teoría general del derecho	Sintáctica	Estudiar las reglas y principios que dirigen la interacción de elementos que conforman un sistema.
Dogmática jurídica	Semántica	Asimilar contenidos y estructuras del sistema, su modificación y el significado que se les otorga.
Teoría de las decisiones jurídicas	Pragmática	Valorar la afectación que produce el contexto en procesos interpretativos y de señalización de significados.

Este modelo de lo comunicacional expone la influencia proclive y en doble vía que existe entre las dos disciplinas, mientras explora los diversos fines para profundizar dicha reciprocidad.<sup>14</sup> Un ejemplo de esta influencia se advierte en los recursos compartidos tanto en el derecho como en la literatura para expresar sus mensajes, y entre ellos tiene un lugar relevante, por la naturaleza prescriptiva del derecho, la *ficción*.

### III. EL CONCEPTO DE FICCIONES Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO

Del latín *factio*, la ficción se define, etimológicamente, como la acción y efecto de pretender que algo es cierto, cuando no lo es. No obstante, no se debe llegar a la equivocación de asemejar la ficción con una mentira, un error o una falsedad (Saer, 2016). En primera instancia, debe recordarse que la ficción es un medio empleado en la lógica con el fin de alcanzar y estructurar un conocimiento. Aunque la esencia de la ficción

<sup>14</sup> “La literatura, al igual que el Derecho, tampoco puede concebirse como un único sistema discursivo o semiótico susceptible de una sola teoría de la interpretación” (Carreras, 1996, p. 61).

es presentarse como una contradicción de la realidad, "En un sentido extendido, con el término «ficción» se alude a cierto tipo de enunciado en el que se hace uso, explícito o implícito, de la expresión «como si» o expresión equivalente traducible al «como si» sin pérdida de significado" (Mendoça, 2016, p. 7). En consecuencia:

- a) Lo contrario a la ficción no es, necesariamente, la verdad, debido a que, como recurso de la gnoseología, puede permitir llegar a ésta.<sup>15</sup> b) Con todo, se debe reconocer que existe una diferencia jerárquica y, al mismo tiempo, una dependencia entre verdad y ficción (donde la verdad debería supeditar a la ficción para alcanzar el conocimiento de la realidad).
- c) Más allá de la distancia entre lo subjetivo y lo objetivo, la verdad y la ficción pueden estar mediadas por la eficacia y la verificabilidad, de allí que la ficción se valore como una metáfora de la realidad (Bautista, 2011).
- d) Así, la ficción no evade siempre los rigores propios de la verdad, sino que favorece y se encuentra mediada por aquello que se alude como el parámetro de lo complejo, necesitando de coherencia y suficiencia para su correcto planteamiento (Pavel, 1995; Garrido, 1997).

Estos presupuestos avalan, entonces, que una narrativa ficcional, o sea, un texto con constituyentes ficticios (Reisz, 1979, p. 99), pueda ser objeto de valoración como verdadero o falso, inclusive dentro de la realidad en la que se suscriben e, igualmente, respecto a su cercanía con la realidad empírica. Por estas razones, la idea de ficcionalidad se muestra como una figura que resulta atractiva en los fenómenos comunicacionales. En efecto,

...el término [es] utilizado en teoría de la literatura para designar uno de los rasgos específicos de la literariedad: la posibilidad de crear, mediante la imaginación artística, mundos de ficción, diferentes del mundo natu-

<sup>15</sup> "Está claro que para Platón la ficción es algo muy cercano a la mentira. Lo mismo declara Solón (cit. por Aristóteles, *Metafísica* I. ii, 983 a). Para Gorgias, la ficción (poesía) es una forma de mentira en la cual el engañado es más sabio que el que no se deja engañar. La tradición crítica posterior, comenzando por Aristóteles, pugnará por diferenciar los conceptos de ficción y mentira: hay una correspondencia subyacente entre la realidad y la ficción que no se da en el caso de la mentira. Aristóteles opone la poesía a la historia, pero no se trata de la oposición entre mentira y verdad. Para Aristóteles la ficción es fiel a la verdad en un sentido que va más allá de la mera literalidad de la historia: resulta claro no ser oficio del poeta el contar las cosas como sucedieron sino cual deseáramos hubieran sucedido, y tratar lo posible según verosimilitud o necesidad. Que, en efecto, no está la diferencia entre poeta e historiador en que el uno escriba con métrica y el otro sin ella... empero diferénciense en que el uno dice las cosas tal como pasaron y el otro cual ójala hubieran pasado (*sic.*). Y por este motivo *la poesía es más filosófica y esforzada empresa que la historia*, ya que la poesía trata sobre todo de lo universal, y la historia, por el contrario, de lo singular (*Poética* IX, 1451 b)" (García Landa, 1994, p. 266).

ral, que se configuran a través del lenguaje literario. El término ficcionalidad se utiliza también en Pragmática y en Semántica textual para aludir al sistema de reglas con las que el receptor de una obra literaria puede poner en relación el mundo posible que en ella aparece con el mundo exterior al texto (Estébanez, 1999, p. 412).

Luego, la ficcionalidad,<sup>16</sup> a través de sus modalidades (Álamo, 2012), ejerce la posibilidad de crear mundos alternativos en donde se utiliza un conjunto, o sistema de reglas, propio o adoptado, que permite la configuración de interconexiones con la realidad, con el mundo empírico-natural; es decir, la presentación y representación de seres, acontecimientos y modos que se desarrollan en mundos posibles —y de cierta forma, aspiracionales—.<sup>17</sup> Por supuesto, el derecho, como la literatura, puede no sólo emplear los recursos metafóricos (Stolleis, 2010; Kucharska, 2016) o mitológicos (García Pelayo, 1981; Grossi, 2003; Misari, 2021), sino edificar un mundo posible, en pro de una coherencia narrativa,<sup>18</sup> desde lo ficcional; en específico, desde lo que se conoce como “ficciones jurídicas”,<sup>19</sup> que congregan las “disposiciones jurídicas que con frecuencia tiene la for-

<sup>16</sup> “La «ficcionalidad» es el nombre para un sistema especial de reglas pragmáticas, que prescribe cómo los lectores deben tratar las relaciones posibles de los *Wiq* hacia *EW*, comprendiendo a los textos literarios, como también, cómo a tratarlos *adecuadamente* respecto a las normas desarrolladas históricamente en el sistema de la comunicación *literaria*. La ficcionalidad no es, por lo tanto, una *propiedad* de un texto literario en sí mismo...” (Schmidt, 2004). Cfr. (Pozuelo, 1994).

<sup>17</sup> “En otras palabras, un mundo posible consiste en un conjunto de individuos dotados de propiedades que pueden ser acciones (Eco, 2000a, p. 181). Así, un mundo posible puede equivaler a un texto sin que esto signifique que todo texto tenga que hablar de un mundo posible. En la semiótica de la cooperación textual, los individuos son un conjunto de combinaciones de propiedades, explícitas o no, con nombres comunes o propios (Eco, 2000a, p. 184). En el fondo, lo que Eco trata de mostrar es que los mundos posibles o alternativos son construcciones culturales, sean realistas o fantásticas. Esto es así porque ningún mundo complementario podría ser totalmente autónomo respecto del mundo real” (Mandujano, 2013, p. 472). Cfr. (Dolezel, 1999; 1998).

<sup>18</sup> Sobre el tema, ver, por ejemplo Dworkin, 1985, 1986; MacCormick, 1984, 2005; Lenoble, 1988; Nerhot, 1990; Schiavello, 2001, y Taranilla, 2012.

<sup>19</sup> “En el estado actual de la doctrina jurídica no se ha conseguido un concepto unánime y pacífico de lo que la ficción sea ni de cuáles pueden considerarse sus caracteres distintivos y sus límites de aplicación. La tesis más difundida es la que considera la ficción como un medio técnico-jurídico mediante el que se expresa la equivalencia jurídica de dos supuestos de hecho. Esta noción dista mucho de ser precisa y delimitadora, pues existen otros medios técnico-jurídicos, que se basan en semejanzas y con los que se pretenden equivalencias de hechos, como son la analogía y la interpretación extensiva, considerados distintos de la ficción... [E]n la ficción no se busca una situación de apariencia ni se persigue ningún efecto indirecto, sino que se logra el resultado directo de remover imperativamente un obstáculo o impedimento que se opone a la aplicación de una norma” (García Garrido, 1957-1958, p. 305).

ma «los F se considerarán como G (o no G)» (Hernández Marín, 1986, p. 141). De allí que se consideren por ser cualificatorias, o sea, disposiciones que atribuyen la cualificación, y que tengan cierta similitud con las definiciones jurídicas.

Empero, a diferencia de las definiciones, la ficción no formaliza enunciados con fines descriptivos ni busca igualar dos supuestos de hechos; ciertamente, “en la ficción no se busca una situación de apariencia ni se persigue ningún efecto indirecto, sino que se logra el resultado directo de remover imperativamente un obstáculo o impedimento que se opone a la aplicación de una norma” (García Garrido, 1957-1958, p. 308). Por ende, “La ficción ni falsea ni oculta la verdad real, lo que hace es crear una verdad jurídica distinta a la real” (Venegas, 2007, p. 44), y, en contraste, por su parte, de las presunciones como recurso jurídico, las ficciones no parten necesariamente de una realidad objetiva o natural.

De cualquier forma, las ficciones pueden responder a diferentes clasificaciones si para ello se siguen los fines que pretenden frente al receptor, el sujeto que las produce, las finalidades dentro del sistema y el objeto de la ficción, como se aprecia en la siguiente figura:

Figura 1. Clasificación de las ficciones jurídicas<sup>20</sup>



<sup>20</sup> Resulta de interés hacer alusión a la clasificación que toma en cuenta la finalidad frente al sistema. Dicha clasificación tiene como referente la propuesta del profesor Alf Ross (2006, p. 105), y se conforma de ficciones creativas, dogmáticas y teóricas. Las creativas buscan ampliar la aplicación del derecho con la idea de regular con completitud, sin necesidad del detalle o la repetición; en esa medida podrá establecer equivalencia en estatus, condiciones, derechos, entre otras cualificaciones. Ahora, las dogmáticas se emplean, por parte de la doctrina, para explicar la disposición en vigor con casos similares o con regulaciones análogas. Finalmente, las teóricas se encargan de sustentar el funcionamiento del ordenamiento, reduciendo el papel creativo de los órganos que aplican el derecho, suponiendo. Por ende, vinculándose con la capacidad y lo competencial. Cfr. (Kelsen, Fuller & Ross, 2013).

En definitiva, la variedad de las modalidades da una idea de que el uso de las ficciones en el derecho (Luna, 2015) no es casual ni se observa como innecesario; al contrario, funcionan de modo semejante a las reglas operacionales de las ciencias ideales.<sup>21</sup> Por ese motivo, más que “mentiras blancas”, en términos de Ihering (2011), son, como lo presenta Blackstone (2001), “beneficiosas y serviciales” para la organización y el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

De ese modo, aunque los usos de las ficciones en el universo normativo se consideran como válidas y oportunas, pueden generar disparidades más ligadas a su percepción, llevando a que el error esté en:

- a) Confundir la “ficción” con la “realidad” empírica en todo momento.
- b) Esperar demasiado de las “ficciones”, en términos de eficacia.
- c) Asumir un poder (casi) mágico de la “ficción” para transformar la realidad —a lo sumo puede hacerlo frente a su realidad o contexto lógico—.
- d) Pensar en la “ficción” como ajena al contexto social.

La presencia de estos prejuicios o confusiones logra llevar a materializaciones ideológicas que conllevan la aplicación irreflexiva y autómatas del derecho, tal como sucedió con el legalismo decimonónico, y puede estar pasando con el constitucionalismo actual en el contexto latinoamericano, como se expondrá.

#### IV. CONSTITUCIÓN, CONSTITUCIONALISMOS Y FICCIONES CONSTITUCIONALES

Un punto de referencia inicial para este acápite —de los varios que se podrían encontrar— sería aceptar las afirmaciones realizadas por el profesor José Calvo González (2016, p. 51), quien señala que:

La Constitución es, en consecuencia, una *máquina de ficción*... Como ficción es un artificio —*ars fictio*— cuyo *telos* ontológico es la hacedora artificialidad (*inventio*) de una arquitectura jurídico-política cimentada en instituciones y estructuras para el control del poder y erigida mediante mecanismos de producción de normas del sistema jurídico e instauración de derechos.

<sup>21</sup> “Así, es posible afirmar que, en su contextualidad narratológica, el derecho está atravesado por un plano profundamente ficcional que se traduce en enunciados potencialmente inverificables, muchas veces alejados también de la experiencia y de cualquier procedimiento formal demostrativo, pero que pese a ello poseen una potencialidad performativa, modificativa de la realidad y comúnmente son aceptados sin cuestionamientos por quienes operan en la *praxis* jurídica (Melianté Garcé, 2014b)” (Melianté & Sosa, 2018, p. 78).

La Constitución como artificio hacedor corona con una *gran ficción* en la que descansa de su validez normativa.

Por tanto, la Constitución, de cierto modo, funciona como un contenedor de las ficciones jurídicas que reposan en sus disposiciones o preceptos, al mismo tiempo que es objeto de las ficciones dogmáticas que se introducen para su comprensión y aplicación, y para entender su origen como obra del Poder Constituyente. Así las cosas, la Constitución es ficcional en su origen, en su contenido y en su asimilación.

Pese a que cada una de estas proposiciones implican un abordaje extenso que se imposibilita por el número de páginas a cumplir, una muestra fehaciente de este fenómeno, en términos generales, puede iniciarse respecto a las propias definiciones dogmáticas que se han empleado para el texto constitucional. Habitualmente se ficciona a la Constitución con una

- a) *Casa común* “en que deben hallar soluciones de habitabilidad todos los participantes del proceso político de un Estado” (Calvo, 2019, p. 337).<sup>22</sup>
- b) *Carta de navegación*, encargada de direccionar los poderes públicos hacia el cumplimiento de los fines estatales (Nino, 2002).
- c) *Ley fundamental*, donde quedan por escrito y de manera codificada las decisiones que direccionan los poderes del Estado, en especial al Legislativo (Fuentes, 2005, pp. 13-42).
- c) *Pacto fundacional o fundante*, que integra y expresa un acuerdo político que legitima al Estado (Salazar, 2015, p. 1932).

Sucintas e insuficientes como pueden llegar a serlo, a partir de ellas no sólo se definen las Constituciones y sus contenidos, sino que se edifican como el fundamento del propio derecho constitucional y de aquello que se nombra, genéricamente, como “constitucionalismo”. Sin embargo, ello no quiere decir que el uso *per se* de las ficciones tenga que ser visto como negativo, inclusive si se emplea la categorización propuesta por Ross, para lo constitucional:

- a) Las ficciones creativas relacionadas con la obra constitucional facilitan garantizar una coherencia del sistema, al verlas como punto de irradiación de la validez del ordenamiento.

<sup>22</sup> “La metáfora de la casa, sin embargo, tiene límites y por eso no es una metáfora inocente. Es que una casa es un lugar de habitación, desde donde salen sus moradores para realizar sus planes vitales. Una Constitución, por otro lado, no se llama así porque constituya un lugar de habitación, sino porque crea capacidades de acción. Esta es la función principal de las constituciones y es ahí, en esa dimensión que es oscurecida por la metáfora de la casa, donde yace la explicación de la crisis actual” (Atria, 2020, p. 151).

b) Las ficciones teóricas podrán construir las competencias de los jueces constitucionales.

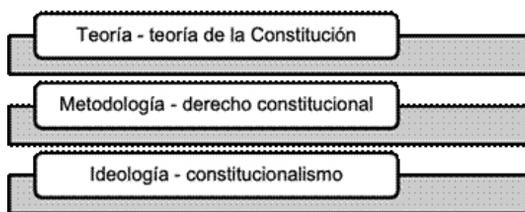
c) Las ficciones dogmáticas que se desprenden crean parámetros interpretativos, sean desde el originalismo o el no originalismo (Laise, 2019).

Ahora, lo cierto es que el uso inadecuado de las ficciones constitucionales logra inducir a un proceso de mitificación e imposición ideológica que desconfigura el fenómeno constitucional, y con él el proceso de interpretación y lo que se espera de la Constitución.<sup>23</sup> Efectivamente,

Las ficciones pueden degenerar en mitos cuando no se las considera conscientemente como tales, y en este sentido se tornan peligrosas, si se quiere hacer coincidir la realidad en el molde de una ficción a la que se ha quitado de la esfera de lo convencional, y por lo tanto de lo racional. El mito tiene un ingrediente totalizador, porque opera desde un ritual, lo que supone explicaciones “totales y adecuadas de las cosas tal como son y cómo fueron”; y exige aceptación incondicional, mientras que en el terreno de las ficciones siempre se opera desde el “como si”, y su aceptación es condicional, y vinculada a su utilidad para leer la realidad (Pérez Galimberti, 2008).

Esta degeneración de las ficciones parece no ser ajena al constitucionalismo en la actualidad —aunque, por supuesto, no a cualquiera—. Por eso cuando se habla de constitucionalismo, una forma sencilla de comprenderlo sería distanciarlo de la teoría y el derecho constitucionales. Para ello sería significativo emplear, verbigracia, la división que Bobbio propuso para el positivismo; es decir, teoría, ideología y forma de acercamiento o metodología (1965). Precisamente, haciendo uso de ésta y teniendo como centro el concepto de *Constitución*, como se ilustra en la figura:

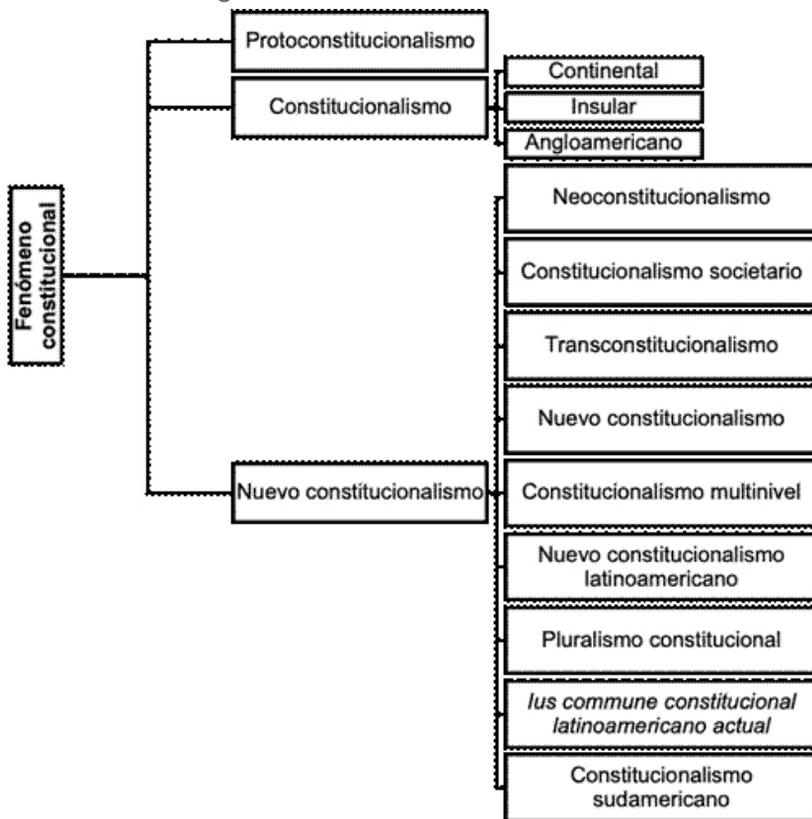
Figura 2. Visiones sobre la Constitución



<sup>23</sup> Una posición opuesta sobre la ventaja del uso de las ficciones está asentada en el relativismo, especialmente, axiológico. Bajo ella, por ejemplo, se pueden sostener los siguientes presupuestos: “la realidad es más que un entorno material; segundo, que el lenguaje no sólo transmite informaciones respecto de esa realidad, sino que la construye, la moldea y le da forma; y tercero, que el sí mismo humano depende de las ficciones para constituirse” (Campos Medina y Campos Medina, 2018, p. 7).

En consecuencia, y admitiendo esta clasificación, debe asegurarse que el constitucionalismo no es una corriente uniforme; no lo fue con su surgimiento, en sentido moderno, a finales del siglo XVIII, ni durante el XIX (Fuentes, 2020b), y tampoco podría serlo en lo que se llama “nuevo constitucionalismo” (Fuentes, 2019, pp. 13-42). En esta dirección, los constitucionalismos se sostienen sobre conceptos y ficciones heterogéneas de la *Constitución* (Rivas & Fuentes, 2022), y, en algunos casos, por la afectación del objeto de estudio; es decir, por los cambios totales de las obras constituyentes, las reformas formales o por las mutaciones constitucionales, y en otras ocasiones, por la transformación de las metodologías y proyectos para su estudio. Tratando, entonces, de hacer un resumen sobre como esas visiones se logran categorizar, tenemos la siguiente figura:

Figura 3. Visiones sobre la Constitución



En esa variedad de posibilidades, como se puede apreciar, se encuentra el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Mastromarino, 2020). Dicho movimiento atribuye que sus ideas se concretan y se remontan de manera primigenia a las Constituciones de Brasil (1988) y de Colombia (1991) (Noguera & Criado, 2011). No obstante, en él deben incluirse las experiencias de reforma o formulación constitucional de Costa Rica (1989), México (1992 y 2011), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009), las cuales “confieren a los ordenamientos actuales cierto aire de familia. [Por ello] Es posible entonces hablar de un constitucionalismo latinoamericano actual que tiene rasgos distintivos frente a otros constitucionalismos del mundo contemporáneo o frente a los ordenamientos de la región en el pasado” (Uprimny, 2011, p. 126). Luego, se señala que

Son constituciones del nuevo constitucionalismo aquellas que cumplen con las dos condiciones esenciales de las nuevas constituciones. Por un lado, tienen que ser necesariamente fruto del poder constituyente; es decir, debe haber un proceso constituyente plenamente democrático, una Asamblea Constituyente y, en la mayor parte de los casos, un referéndum constitucional. En segundo lugar, tiene que incorporar intrínsecamente los elementos propios del nuevo constitucionalismo: la Constitución tiene que ser la norma suprema del ordenamiento jurídico, tiene que ser capaz de limitar los poderes y debe revelar ese tipo de relaciones entre soberanía indirecta y Estado, que sería lo que llamamos democracia participativa o elementos de democracia directa, de legitimidad permanente entre poder constituyente y poder constituido. (Sosa, 2012, p. 304)

Con todo, la exigencia y el planteamiento ficcional del modelo son posteriores a la aparición de la mayor parte de dichos textos constitucionales, y no terminan siendo plenamente excluyentes frente a experiencias semejantes en otros ordenamientos. Incluso si a dichas definiciones se circunscriben asuntos como la incorporación de “principios, derechos y formulaciones que tienen su origen en tradiciones o corrientes autóctonas como el indigenismo o ciertas versiones vernáculas de ecologismo” (Salazar, 2013, p. 387), no se garantiza una independencia plena a elementos previos en dichos órdenes constitucionales. Al final,

...el llamado “nuevo constitucionalismo” simplemente, refuerza algunos de los rasgos *ya bien presentes* en el marco constitucional de América Latina. Luego de la última oleada de reformas, nos encontramos con que: *i*) la parte orgánica de las nuevas constituciones sigue estando caracterizada por una estructura de poder concentrada políticamente y centralizada territorialmente; mientras que *ii*) la parte dogmática sigue distinguiéndose por la presencia

de declaraciones de derechos robustas, generosas y extensas, que combinan derechos individuales y sociales de diverso tipo. En otros términos, la “doble marca” que comenzara a definir al constitucionalismo latinoamericano desde comienzos del siglo XX sigue tan vigente como entonces. (Gargarella, 2018, p. 115)

En esa perspectiva, alrededor de este grupo de Constituciones se ha diseñado no sólo un modelo metodológico, como se ha pretendido asegurar, sino también un proyecto ideológico —no siempre manifestado más allá de las aparentes virtudes— y “una narrativa fundacional hipotética o mito” (Calvo, 2010, p. 12), que, por demás, se opone a una visión realista e histórica de la Constitución (Pereira, 2005).

Desde luego, la noción avalada por el nuevo constitucionalismo de que “La Constitución es el pacto fundacional de una sociedad” (Gargarella, 2015), tiene variedad de implicaciones, entre ellas, que refuerza la idea de que la Constitución, según su forma de creación, es una mera decisión, por ende, se aleja a los parámetros de exigencias que suelen pedírsele al sistema:

La normativa constitucional es el peor ejemplo de la metáfora *chain novel*. Comenzar con una decepción puede juzgarse un mal augurio, que confío no se cumpla, pero haberlo hecho así me parecía obligado. La legislación constitucional, ciertamente, no ejemplifica la teoría del Derecho como integridad. (Calvo, 2016, p. 47)

Conjuntamente, termina desconociendo la existencia de una sociedad política y de su historia antes de la Constitución. Si bien trata de solventarlo con la participación democrática en su aprobación, lo hace desde la generalidad y a partir de la presunción de que no hay intereses de los grupos intervinientes, o que, habiéndolos, se logran fusionar sin ser contradictorios.

A la par, en su generalización de los procedimientos de aprobación no evalúa la calidad de la democracia, tampoco que las reacciones productoras de los cambios constitucionales pueden venir de la efervescencia y, por demás, de medidas populistas<sup>24</sup> basadas en promesas respecto a lo que el mero texto cambiaría. No por poco se habla de un constitucionalis-

<sup>24</sup> “Desde mediados del siglo XX, el populismo latinoamericano ilustró de manera ejemplar esa dimensión constitutiva de los populismos actuales. Esto no puede sorprender, ya que surgió en países poco industrializados que no estaban muy estructurados en clases y se caracterizaban, en cambio, por formas de dominación oligárquica y basada en latifundios. Para gran número de ciudadanos, la oposición más elocuente era entre pueblo y élites. En este contexto, hizo su aparición la temática del hombre-pueblo” (Rosanvallon, 2020, pp. 52 y 53).

mo transformador (Von Bogdandy, 2022; Von Bogdandy, Salazar, Morales & Ebert, 2018) que requiere de Constituciones extensas, expansivas e invasivas que no quieren dejar de lado ningún tema o asunto, por lo que reemplaza otras formas de control (Fuentes, 2022a).

Por consiguiente, este constitucionalismo basa su poder en la presunta capacidad de definir no sólo lo público, sino lo privado, y este último ya no con la idea de que la libertad es todo aquello que prohíbe la ley, sino todo aquello que está reconocido por el sistema jurídico. Esa necesidad de reconocimiento para hablar de la libertad maximiza la regulación y las reformas frente a los cambios sociales: como todo lo que vale está dentro de la Constitución, todo aspira a ser constitucionalizable para no sentirse excluido.<sup>25</sup> Favoreciendo, entonces, un texto de máximos y no de mínimos, que suele ser menos duradero, sólo que ello no tiene importancia especial porque se podrá generar un nuevo pacto fundacional y se empezará de —casi— cero. Verbigracia, es el significativo número de reformas que ha tenido el texto constitucional colombiano desde su creación en 1991 —y hasta 2021— (57 actos reformatorios) y la experiencia ecuatoriana que ya cuenta con dos Constituciones que suelen verse como parte de este constitucionalismo (1998 y 2008).

Este exceso de lo jurídico constitucional no sólo erosiona la distinción público-privado y los límites del poder, la política y el derecho, sino que, de igual modo, da licencia para la disolución de la política como espacio de encuentro y diálogo de lo público, para converger en que ese espacio queda ahora en manos de los jueces constitucionales, quienes, a ciencia cierta, sin la prudencia correspondiente, pueden llegar no sólo a decidir desde un activismo judicial,<sup>26</sup> sino a fomentar que sus decisiones son argu-

<sup>25</sup> “No es imprescindible, e incluso puede ser poco recomendable que abarquen también, como a veces sucede, la organización política y administrativa en detalle, la regulación de la vida social, la economía, los aspectos principales de cada rama del Derecho (penal, procesal, laboral), los valores, y las fuentes del Derecho. Entendemos que para el Derecho constitucional no hay ningún progreso en ocuparse de todo, regularlo todo e invadir el campo de la legislación laboral o civil. Hay que insistir en que el progreso constitucional está en avanzar en la sumisión del poder al Derecho y en el respeto a las libertades, así como dispersar al máximo el poder” (Pereira, 2016, p. 57).

<sup>26</sup> “Si definimos el activismo judicial como aquellas prácticas en las que se toman decisiones judiciales que intervienen en políticas públicas, lo que tendríamos es un colapso del concepto en sus manifestaciones particulares... Parece entonces provechoso también aproximar el concepto de activismo judicial a un uso impropio de las facultades judiciales. Y esto no es un mero capricho, pues está íntimamente relacionado con lo propuesto por Schlesinger en su momento, quien se refería a los jueces activistas como aquellos que iban más allá del *self-restraint* que se esperaba de ellos. Esta moderación, o *self-restraint*, no es otra cosa que las limitaciones impuestas sobre los jueces por las normas de competencia que les dicen específicamente qué potestades tienen. De modo que si queremos tomarnos en serio el activismo judicial como Schlesinger lo concibió en su momento —y como Canon seña-

mento de autoridad.<sup>27</sup> En efecto, debido a que busca que la Constitución no se conciba como instrumento de limitación del poder, sino

...como una normatividad modalizadora de la vida social, cuya encomienda se encarga ya no al legislador sino a los jueces, bajo la perspectiva que la Constitución aguarda en su contenido todos los valores políticos posibles y, por tanto, al dar cabida a un ámbito abierto de posibilidades corresponde a la acción jurisdiccional equilibrarlo para que en medida de lo razonable puedan coexistir (Medina, 2022, p. 17).

Junto a ello, su inclusión en lo político, y la de los jueces constitucionales, abandona la realidad de que, por su naturaleza, no son sujetos dentro de un diálogo, sino en el medio de un litigio a resolver. Eso provoca creer que “siempre contaremos con jueces políticamente correctos y que nuestras convicciones liberales y democráticas han alcanzado el fin de la historia y prevalecerán para siempre” (Guibourg, 2010, pp. 181 y 182).

La existencia de este tipo de ficciones teóricas no es nueva en la historia del derecho. Con distintas características las podemos hallar a través de la figura del buen juez en el *ius commune medieval*. Ciertamente, también la encontramos en el mismo legislador racional propio de la dogmática positivista, explicado por Nino. No obstante, es conveniente indicar que la anterior práctica jurídica descansaba en un acervo cultural y ético relativamente compartido, mientras que el actual modelo de juez racional se desenvuelve en un contexto totalmente distinto, en el que la modernidad ha ido diluyendo aquellos lazos comunes que determinan el acuerdo sobre lo que es justo y moralmente aceptable. Por ello, los dilemas de la justificación de la discrecionalidad y de la responsabilidad política hoy resultan más apremiantes. (Villalonga, 2019, p. 785)

De esta suerte, las ficciones dogmáticas que se generan alrededor del nuevo constitucionalismo latinoamericano —como se anticipa y será desarrollado en trabajos subsecuentes— con facilidad consuman una serie de limitantes prácticas: razonan las ficciones constitucionales como realidad y llevan a crear una sociedad constitucionalizada desde el fanatismo,

la— tenemos que definirlo en términos de las poderosas ficciones que tienen los jueces en los sistemas jurídicos. Esto es, en términos de las normas de competencia que establecen el límite de lo que es una actuación judicial y aquello que no lo es” (Rivas, 2022a, pp. 88 y 89). Cfr. (Rivas, 2022b)

<sup>27</sup> Una posición crítica de cómo ello afecta la labor docente ha sido manifestada en los siguientes términos por Lino A. Graglia: “The function of constitutional law professors and constitutional theory is to perpetuate the central fiction that the Supreme Court’s controversial Rulings of unconstitutionality are interpretations of the Constitution in some arcane sense” (1996, p. 296).

en otros términos, que se quiere que viva en la ficción de que en la y con la Constitución terminan sus males, sin percibir que la efectividad o fracaso de la Constitución no es dependiente de la ficción, sino de la realidad empírica que el texto por sí solo no puede, a lo sumo, esperar modificar. Al final, en palabras de Ernesto Sábato, “aun en las ficciones más subjetivas, el escritor [y el receptor] no puede[n] prescindir del mundo” (Sábato, 2002), ni tampoco convertir lo ficcional en imposición.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este punto, se puede decir que los elementos discutidos son ideas fundamentales —aunque aún preliminares— para la comprensión comunicacional del derecho, y en especial de la norma constitucional, en contextos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Así, sin duda, las herramientas y métodos circunscritos a una visualización más allá del texto, confluyen para asimilar que la norma jurídica es un fenómeno complejo que involucra lo previo, lo posterior y, por supuesto, el contexto donde yace la norma.

En esa medida, asumir que el carácter autorreferencial del sistema jurídico carece de límites no sólo es una aproximación errada a una teórica sistemática, sino es estar a un paso de volver mitología e ideología el derecho y perder su esencia misma; es decir, la justicia. Precisamente, los límites del ordenamiento jurídico no son distantes a aquello que se puede comunicar, entender, comprender e interpretar. Pero la recurrencia e intención de dejar de lado la diferencia entre estas competencias y el fortalecimiento de una convicción cerrada y absoluta sobre lo que puede brindar y hacer el derecho, firma, más que un proyecto, una ideología riesgosa y que renuncia a la crítica y al diálogo: el fetichismo hacia las normas y con ella a los recursos que emplea, desconoce la realidad supliéndola con la ficción jurídica. En ese sentido, más que transformar lo empírico, sólo genera una aparente “realidad” esquiva que matiza como errado al que no está en ella. De ahí que

Es hasta contradictorio afirmar que la realidad es todo lo que decimos de lo real pero no es lo real. Si la realidad es un discurso y un discurso se construye focalizado desde un punto de vista, entonces hay tantas realidades como discursos, miradas y puntos de vista. Es cierto que lo real no permanece estático y que el referente nunca es el mismo, pero eso no implica que no exista o que no sea válido como referente (Espezúa, 2006, p. 70).

Dicho ámbito no puede abandonar los acontecimientos que han rodeado el nuevo constitucionalismo latinoamericano y a sus obras constitucionales, las cuales, en diversos aspectos, muestran una débil efectividad de sus preceptos y, por su naturaleza y estructura, terminan teniendo un efecto de bola de nieve en materia de derechos y políticas públicas simbólicas; es decir, sin observar su naturaleza, sus deberes y la necesidad de una separación del poder público para cumplir los fines estatales. Situaciones que recuerdan que “la Constitución, como el Derecho, debe contar con sentido y con justicia, pero ello no queda garantizando mecánicamente al incluirla en una disposición normativa” (Fuentes, 2022b, p. 82).

En definitiva, si “La Constitución es... una ficción por ser Derecho” (Calvo, 2016, p. 54), ésta no puede abandonar su dependencia con la verdad, con su estatus de decisión y con su pretensión de permanencia, so pena a caer en un ejercicio ilimitado, emocional y momentáneo, tan problemático y polémico como vivir en una historia literaria que sólo existe en la ficción. Dirección que puede estar tomando el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Al final, si existe un mundo o mundos posibles en lo ficcional, la labor del derecho en su creación y completitud no puede carecer de razonabilidad, y menos pretender, racionalmente hablando, reducir al ser humano escasamente a *homo juridicus* (constitucional). Una visión contraria fomenta lo que con facilidad podría denominarse *constitucionalismo paliativo*; sin embargo, esto hará parte del siguiente resultado investigativo, que implicará el rastreo de ejemplos concretos en ejercicio del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

## VI. REFERENCIAS

- Acosta-Alvarado, P. A. & Betancur-Restrepo, L. (2020). Perspectivas críticas y educación en derecho internacional: entrevista a Antony Anghie, Martti Koskeniemi y Anne Orford. En P. A. Acosta-Alvarado, L. Betancur Restrepo & E. Prieto-Ríos (eds.), *Derecho internacional: investigación, estudio y enseñanza. Tomo 2. Aproximaciones al derecho internacional*. Universidad del Rosario.
- Álamo Felices, F. (2012). La ficcionalidad: las modalidades ficcionales. *Castilla. Estudios de Literatura*, 3, 299-325.
- Arango Burgos, A. S. (2019). *Lo jurídico como literario: una aproximación teórica*. Tesis para obtener el grado de magíster en Derecho. Universidad del Norte.

- Atria, F. (2020). ¿Es la Constitución una casa? ¿Cómo es su arquitectura? La Constitución tramposa, su crisis y la solución de la crisis. *ARQ*, 104, 150-155. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-69962020000100153>
- Bautista-Cabrera, Á. (2011). *Introducción a la pragmática de la ficción literaria*. Universidad del Valle.
- Blackstone, W. (2001). *Commentaries on the Laws of England*. Routledg-Cavendish.
- Bobbio, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico*. EUDEBA.
- Bogdandy, A. von. (2022). Innovaciones latinoamericanas. *Estudios Constitucionales*, 20(número especial), 11-19. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000300011>
- Bogdandy, A. von, Salazar Ugarte, P., Morales Antoniazzi, M. & Ebert, F. C. (2018). *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional*. UNAM.
- Botero, A. (2007). Derecho y literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso. *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, 2, 46-54.
- Cairns, H., Hall, J., Cowan, T. A., Pekelis, A. H., Patterson, E. W., Kelsen, H., Chroust, A. H. & Frank, J. (2018). *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Ibáñez.
- Calvo González, J. (2010). *Constitutional Law en clave de teoría literaria: una guía de campo para el estudio*. *DIKAIOSYNE*, 25, 7-17. <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/32168>
- Calvo González, J. (2016). *Justicia constitucional y literatura*. Tribunal Constitucional del Perú.
- Calvo González, J. (2018). Práctica jurídica y cultura literaria del derecho. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 13(3), 1268-1278. <https://doi.org/10.5902/1981369435881>
- Calvo González, J. (2019). "La casa", metáfora edilicia constitucional. Variaciones literarias de diseño y crisis constructiva en Poe, Cortázar y Borges. *Doxa*, 42, 335-359. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.14>
- Campos Medina, L. & Campos Medina, F. (2018). Ficciones que se vuelven realidad, ficciones para intervenir la realidad. *Athenea Digital*, 18(2), e1937. <https://doi.org/10.5565/rev/athenea.1937>
- Carreras, M. (1996). Derecho y literatura. *Persona y Derecho*, 34, 33-62. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/32527>.
- Cucatto, A. (2010). El lenguaje como objeto de estudio e investigación. En A. Cucatto (ed.), *Introducción a los estudios del lenguaje y la comunicación. Teoría y práctica* (pp. 17-66). Prometeo y Universidad Nacional de la Plata.
- D'ors, Á. (2013). *Nueva introducción al estudio del derecho*. Civitas.

- Dolezel, L. (1998). Possible Worlds of Fiction and History. *New Literary History*, 29(4), 785-809.
- Dolezel, L. (1999). *Heterocósmica: ficción y mundos posibles*. Arco Libros.
- Douglas Price, J. E. (2017). ¿Derecho y literatura? Una pregunta "extraña", un puente inconcluso. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 15(1), 181-192. [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-15/Revista\\_Juridica\\_Ano15-N1\\_10.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-15/Revista_Juridica_Ano15-N1_10.pdf)
- Dworkin, R. (1985). La chaîne du droit. *Droit et Société*, 1, 51-79.
- Dworkin, R. (1986). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- Espezúa Salmón, D. (2006). Ficcionalidad, mundos posibles y campos de referencia. *Dialogía*, 1, 69-96.
- Estébanez Calderón, D. (1999). *Diccionario de términos literarios*. Alianza.
- Ferrari, V. (2015). *Funciones del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Fuentes-Contreras, É. H. (2015). El fenómeno jurídico como construcción cultural. En H. Olano, *Liber Amicorum. Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra* (pp. 109-128). ACJ.
- Fuentes-Contreras, É. H. (2018). *Legislación en sentido material*. Ibáñez.
- Fuentes-Contreras, É. H. (2019). Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado convencional de derecho, en el contexto latinoamericano. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 3(2), 13-42. <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/74>
- Fuentes-Contreras, É. H. (2020a). Cultura, derecho y comunicación. Descripción del fenómeno jurídico como construcción cultural. En VV. AA., *Temas selectos de derecho constitucional y arbitraje* (pp. 9-29). Universidad del Valle.
- Fuentes-Contreras, É. H. (2020b). Constitución y fenómeno constitucional. En P. Córdova Vinuesa, *¿Tienen los jueces la última palabra?* (pp. 731-746). Ibáñez.
- Fuentes-Contreras, É. H. (2022a). ¿Por qué fracasan los constitucionalismos? En E. Morales (coord.), *Garantismo* (pp. 15-28). Ediar.
- Fuentes-Contreras, É. H. (2022b). Comunidad política, Constitución y realidades plurinacionales. En S. Bertelsen (ed.), *Derecho indígena* (pp. 53-92). Tirant lo Blanch.
- Fuentes-Contreras, É. H. & Cárdenas-Contreras, L. E. (2017). Genealogía de la asimilación de lo normativo. *Razón Crítica*, 3, 85-110. <https://doi.org/10.21789/25007807.1236>
- Fuentes-Contreras, É. H. & Cárdenas-Contreras, L. E. (2018). La dicotomía sistema/entorno, desde una perspectiva multidisciplinaria, como mé-

- todo de asimilación de la ciencia jurídica. En *Inovação e produção de direito* (pp. 163-188). Ágora21.
- García Garrido, M. J. (1957-1958). Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 27-28, 305-342. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2051578>
- García Landa, J. A. (1994). Enunciación, ficción y niveles semióticos en el texto narrativo. *Miscelánea*, 15, 263-300.
- García Pelayo, M. (1981). *Los mitos políticos*. Alianza
- Gargarella, R. (2015). ¿Qué es la Constitución? Consultado el 2 de julio de 2020. <http://lalibertaddepluma.org/roberto-gargarella/>
- Gargarella, R. (2018). Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Uruguay de Ciencia Política*, 27(1), 109-129. <https://doi.org/10.26851/rucep.27.5>
- Garrido Domínguez, A. (comp.). (1997). *Teorías de la ficción literaria*. Arco Libros.
- Graglia, L. A. (1996). It's not Constitutionalism, it's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19(2), 293-300.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trotta.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- Guibourg, R. A. (2010). Magia, cultura y derecho, *Isonomía*, 32, 165-182.
- Hermida del Llano, C., Roca Fernández, M. J. & Medina Morales, D. (coords.). (2020). *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo*. Tirant lo Blanch.
- Hernández Manríquez, J. (2019). *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. UNAM.
- Hernández Marín, R. (1986). Ficciones jurídicas, *Doxa*, 3, 141-147. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.10>
- Ihering, R. V. (2011) *El fin en el derecho*. Comares.
- Jiménez Moreno, M. de J. & Caballero Hernández, R. (2015). El movimiento derecho y literatura: aproximaciones históricas y desarrollo contextual. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 65(263), 47-75. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2015.263.59631>
- Kelsen, H., Fuller, L. & Ross, A. (2013). *Ficciones jurídicas*. Fontamara.
- Kucharska, A. (2016). Análisis de metáforas en el lenguaje jurídico español. En W. J. Wilk-Racięska, A. Szyndler & C. Tatoj (eds.), *Relecturas y nuevos horizontes en los estudios hispánicos*, vol. 4, *Lingüística y didáctica de la lengua española* (pp. 70-78). Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Laise, L. D. (2019). La distinción entre interpretación y construcción: una visión crítica del originalismo del significado público. *Ius et Praxis*, 25(3), 249-276.

- Lenoble, J. (1988). La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick. *Archives de Philosophie du Droit*, 33, 121-139.
- López Palma, H. (2016). La semántica. En J. Gutiérrez Rexach (coord.), *Enciclopedia de lingüística hispánica*, vol. 1 (pp. 284-300). Routledge.
- Luhmann, N. (1996a). *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (1996b). *La ciencia de la sociedad*. Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2018). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Olejnik.
- Luna Serrano, A. (2015). *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*. Dykinson.
- Maccormick, N. (1984). Coherence in Legal Justification. En A. Peczenik, L. Lindahl & B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science* (pp. 235-251). Reidel.
- Maccormick, N. (2005). *Rhetoric and the Tule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford University Press.
- Magris, C. (2008). *Literatura y derecho. Ante la ley*. Sexto Piso.
- Mandujano Estrada, M. (2013). La ficción y el origen semiótico de los mundos narrativos. *Signa*, 22, 463-480.
- Marí, E. E. (1998). Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja. *Doxa*, 21, 251-287. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.20>
- Marzocco, V. (2018). El realismo jurídico americano. Perspectivas de reconstrucción y nuevas trayectorias interpretativas. *Derechos y Libertades*, 39, 157-176. <https://doi.org/10.14679/1085>
- Mastromarino, A. (2020). Il nuovo costituzionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 317-361.
- Medina Rodríguez, J. (2022). El Estado de derecho en la perspectiva paradójica del constitucionalismo: una propuesta de regulación del activismo judicial. *Ius Comitalis*, 5(10), 7-22, 10.36677/iuscomitalis.v5i10.17427
- Meliante, L. & Sosa, M. J. (2018). Derecho y literatura. Interdisciplinariedad, cruces inevitables y réditos posibles. *Cuadernos del CLAEH*, 37(108), 59-82. <https://doi.org/10.29192/CLAEH.37.2.3>
- Misari Torpoco, D. E. (2021). *Teoría mitológica del derecho*. Olejnik.
- Monroy Cabra, M. G. (2005). Concepto de Constitución. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1(2005), 13-42.
- Nerhot, P. (1990). Interpretation in Legal Science. The Notion of Narrative Coherence. En P. Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality* (pp. 193-225). Luwer.

- Nino, C. S. (2002). *Fundamentos del derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea.
- Noguera-Fernández, A. & Criado de Diego, M. (2011). La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 15-49. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1506>
- Ost, F. (2006). El reflejo del derecho en la literatura. *Doxa*, 29, 333-348. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.17>
- Pavel, T. (1995). *Mundos de ficción*. Monte Avila Editores Latinoamericana.
- Pereira Menaut, A. C. (2005). Un concepto orsiano de Constitución. *Revista de Derecho*, 2(26), 315-326. <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173620162010.pdf>
- Pereira Menaut, A. C. (2010). *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. UNAM.
- Pérez, C. (2006). Derecho y literatura. *Isonomía*, 24, 135-153.
- Pérez Galimberti, A. (2008). Una aproximación a la teoría de las ficciones. *Trilogía*, 6. Consultado el 11 de septiembre de 2020. [https://www.defensachubut.gov.ar/userfiles/files/publicaciones/ficcion\\_discurso\\_narrativo\\_y\\_juridico.pdf](https://www.defensachubut.gov.ar/userfiles/files/publicaciones/ficcion_discurso_narrativo_y_juridico.pdf)
- Pozuelo Yancos, J. M. (1994). La ficcionalidad estado de la cuestión. *Signa*, 3, 265-284.
- Reisz de Rivarola, S. (1979). Ficcionalidad, referencia, tipos de ficción literaria. *LEXIS*, II(2), 99-170. <https://doi.org/10.18800/lexis.197902.001>
- Ricoeur, P. (2008). *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*. FCE.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2014). Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 17, 111-138. <http://www.rtfed.es/numero17/05-17.pdf>
- Ríos Hernández, I. (2010). El lenguaje: herramienta de reconstrucción del pensamiento. *Razón y Palabra*, 72, 25. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199514906041>
- Rivas-Ramírez, D. & Fuentes-Contreras, É. H. (2022). Transconstitucionalismo: ¿teoría sin práctica? Análisis crítico de una de las teorías actuales sobre las relaciones entre órdenes jurídicos. *Dikaion*, 31(2), e3124. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.4>
- Rivas-Robledo, P. (2022a). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*, 31(1), 70-92. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>
- Rivas-Robledo, P. (2022b). ¿Qué es el activismo judicial? Parte II. Una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Dikaion*, 31(2), e3126. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>

- Robles, G. (1996). El derecho como texto en torno a la fundamentación de una teoría comunicacional del derecho. *Persona y Derecho*, 35, 195-226. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/12908>
- Robles, G. (2010). La teoría comunicacional del derecho (TCD): su estructura temática y sus niveles de análisis. En J. F. Arriola Cantero & V. Rojas Amandi (coords.). *La filosofía del derecho hoy* (pp. 13-48). Porrúa.
- Robles, G. (2015a). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho, vol. I*. Civitas y Thomson Reuters.
- Robles, G. (2015b). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho, vol. II*. Civitas y Thomson Reuters.
- Robles, G. (2018). *Cinco estudios de teoría comunicacional del derecho*. Ibañez.
- Rosavallón, P. (2020). *El siglo del populismo*. Manantial.
- Ross, A. (2006). Ficciones jurídicas. En VV. AA., *Ficciones jurídicas* (pp. 105-124). Fontamara.
- Sáenz, M. J. (2018). Nuevos rumbos en derecho y literatura: post-crítica, el giro hacia la historia y extensiones del texto nacional. *Isonomía*, 49, 143-160. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363657667006>
- Sáenz, M. J. (2019). Derecho y literatura. *Eunomía*, 16, 273-282. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4706>
- Saer, J. J. (2016). *El concepto de ficción*. Rayo Verde.
- Salazar Ugarte, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En L. R. González Pérez & D. Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo* (pp. 349-387). UNAM.
- Salazar Ugarte, P. (2015). Sobre el concepto de Constitución. En J. L. Fabra Zamora & E. Spector (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho, vol. III* (pp. 1930-1958). UNAM.
- Santos, J. A. (2017). Presupuestos hermenéuticos de la teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles. *CEFD*, 35, 157-179. <http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.35.9895>
- Schiavello, A. (2001). On "Coherence" and "Law": An Analysis of Different Models. *Ratio Juris*, 14(2), 233-243.
- Schmidt, S. J. (2004). Hacia una interpretación pragmática de la "ficcionalidad". *Cyber Humanitatis*, 31. [https://web.uchile.cl/vignette/cyberhumanitatis/CDA/texto\\_sub\\_simple2/0,1257,PRID%253D14079%2526SCID%253D14083%2526ISID%253D499,00.html#\\_ftn1](https://web.uchile.cl/vignette/cyberhumanitatis/CDA/texto_sub_simple2/0,1257,PRID%253D14079%2526SCID%253D14083%2526ISID%253D499,00.html#_ftn1)
- Sosa Sacio, J. M. (2012). ¿Qué es el "nuevo constitucionalismo latinoamericano"? Entrevista a Rubén Martínez Dalmau. *Gaceta Constitucional*, 52, 301-308.

- Sterling Casas, J. P. & Osma, P. M. (2018). La hermenéutica en la teoría comunicacional del derecho: la teoría de textos. *Filosofía UIS*, 17(1), 243-269. <https://doi.org/10.18273/revfil.v17n1-2018012>
- Stolleis, M. (2010). *El ojo de la ley: historia de una metáfora*. Marcial Pons.
- Taranilla, R. (2012). *La justicia narrante. Un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Teubner, G. (2017). *El derecho como sistema autopoietico*. Universidad Externado de Colombia.
- Trindade, A. & Magalhães, R. (2009). Derecho y literatura acercamientos y perspectivas para repensar el derecho. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 4, 164-213. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/164>
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI* (pp. 109-137). Siglo XXI.
- Venegas Álvarez, S. (2007). *Presunciones y ficciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en México*. UNAM.
- Villalonga Torrijo, C. (2019). Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. *Revista Chilena de Derecho*, 46(3), 765-789. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000300765>
- White, J. L. (1973). *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. Little, Brown.
- White, J. L. (1988). Law and Literature: "No Manifesto". *Mercer L. Rev.*, 39, 739-751.
- Zolezzi Ibárcena, L. (2013). Derecho y literatura: aspectos teóricos. *Revista de la Facultad de Derecho PUPC*, 20, 379-409. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201301.018>