

FUNCIONALISMO CONSTITUCIONAL: ¿EL ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN EN ASCENSO?*

Jorge SILVERO SALGUEIRO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La situación del análisis funcional del derecho.* III. *Algunos estudios constitucionales con un enfoque funcional.* IV. *Las funciones de los derechos fundamentales en Alemania.* V. *El método funcional en la comparación constitucional.* VI. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de otros autores cuyas obras son conocidas por los temas específicos que desarrollan a lo largo de su vida académica, los trabajos de investigación de Dieter Nohlen se caracterizan por tratar temas y métodos. Nohlen es referencia obligada para quien analice la trilogía que comprende el sistema político: sistema de gobierno, sistema de partidos y sistema electoral.¹ Sus trabajos son asimismo fuente de consulta para quienes indaguen sobre el debate presidencialismo *versus* parlamentarismo.² Además de dichos temas, Nohlen ha dedicado sus esfuerzos intelectuales en desarrollar diversos enfoques metodológicos. Su contribución al método comparativo es descollante.³ Por ello, no es casualidad que dicho método sea uno de los ejes centrales de la escuela de Heidelberg.⁴ Nohlen también ha propiciado para el análisis político-institucional realizar investigaciones desde la perspectiva del enfoque

* Versión publicada en la edición de 2009.

¹ Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, 2004.

² Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (comps.), *Presidencialismo versus Parlamentarismo*, Caracas, 1991. Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (comps.), *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, 1998.

³ Nohlen, Dieter, “*Vergleichende Methode*”, en Nohlen, Dieter (comp.), *Lexikon der Politik*, Band 2, München, 1994, pp. 507-516.

⁴ Mohr, Arno y Nohlen, Dieter (coords.), *Politikwissenschaft in Heidelberg. 50 Jahre Institut für Politische Wissenschaft*, Heidelberg, 2008.

histórico-empírico donde la premisa el “contexto hace la diferencia” juega un rol fundamental.⁵ Entonces, cuando un neoinstitucionalista como Nohlen, profundo conocedor de teorías y métodos en el campo de las ciencias políticas llama la atención sobre nuevas tendencias metodológicas en el derecho público convendría no dejar pasar por alto sus afirmaciones.

En un simposium celebrado el 17 de octubre de 2007 sobre “El papel de los tribunales constitucionales en la consolidación de la democracia”, en la sede de la Suprema Corte de Justicia de México, Nohlen expresó:

De este programa [de presentación de las partes de su conferencia] se desprende que —aun siendo institucionalista— no me va a interesar hoy el diseño institucional de los tribunales constitucionales (su modelo, su composición, sus competencias, sus reglas procesales, que obviamente difieren según los casos y sin lugar a duda tienen efectos relevantes), sino su relación funcional en el sistema y en el proceso político. Tampoco nos interesa aquí el origen kelseniano o austriaco de la jurisdicción constitucional y la diferencia de su versión europea con el *judicial review* estadounidense, objetos tantas veces tratados y recapitulados en los recientes trabajos comparativos. El enfoque funcionalista tiene en su centro el papel real de la jurisdicción constitucional en el sistema político. Su aplicación se ve aún más fundamentada por la reciente tendencia en el derecho público de tematizar no tanto al Estado, ni al Estado de derecho, ni al Estado social, sino al Estado constitucional en sus dimensiones funcionales.⁶

Nohlen basó su afirmación en una investigación realizada a su vez por Dieter Grimm, juez del Tribunal Constitucional alemán de 1987 a 1999, quien señalara que por largo tiempo dominó el enfoque institucionalista en los estudios científicos sobre la jurisdicción constitucional, pero que ahora dicho enfoque se ve complementado (¡no remplazado!) por el funcionalista. Según Grimm, *der institutionelle Ansatz* aplicado a la jurisdicción constitucional indaga acerca de la construcción del tribunal constitucional, su composición, sus competencias, las reglas de procedimiento, los efectos de las sentencias, las relaciones (de tipo legal-formal) con otros órganos consti-

⁵ Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, UNAM, México, 2003. Monsalve, Sofía y Sottoli, Susana, “Ingeniería constitucional versus institucionalismo histórico-empírico: enfoques sobre la génesis y la reforma de las instituciones políticas”, en Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (comps.), *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, 1998, pp. 41-56.

⁶ Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, 2008, pp. 5 y 6.

tucionales, etcétera. Pero, que con esa forma de indagar nada se dice sobre el funcionamiento práctico y los impactos objetivos de dicha jurisdicción en el sistema político constitucional. Detrás de estas expresiones está la preocupación por las relaciones entre la norma constitucional y la realidad constitucional. Un estudio basado meramente en descripciones de la norma jurídica podría dar falsas impresiones sobre la realidad de un sistema constitucional. Por eso, un estudio funcionalista investiga principalmente el rol objetivo de la jurisdicción constitucional en el sistema político sin descuidar por ello el marco normativo.⁷

Entonces, la propuesta de autores alemanes es producir conocimiento jurídico en el ámbito del derecho constitucional con un enfoque funcionalista. Pero, ¿qué concretamente se está sugiriendo? ¿cómo opera el funcionalismo constitucional? Indudablemente, ya estamos en el tiempo de “tematizar el Estado constitucional en sus dimensiones funcionales” (Nohlen).

Los debates metodológicos en comparación con los debates temáticos no son moneda corriente en las investigaciones relacionadas al derecho constitucional latinoamericano, lo cual no significa que no exista.⁸ *Grosso modo* —y probablemente esto también sea aplicado a otras latitudes— se produce conocimiento jurídico sin mencionar en forma expresa el camino metodológico a seguir. Los juristas investigan un tema sin que tengan necesidad de justificar el enfoque que utilizan. Se procede temáticamente. Se aborda el tema en sus orígenes; en su historia; en la forma en cómo está legislado; en la forma que fue o puede ser interpretado; en sus consecuencias y efectos; en sus partes, divisiones y clasificaciones; en sus aspectos políticos y sociales; en sus consecuencias económicas; en sus valores y principios rectores, etcétera. En ocasiones los temas se estructuran en capítulos a la hora de presentarlos en un libro sin que se explique la consistencia lógica de por qué se agruparon de esa forma los capítulos o se demuestre el hilo conductor del mismo. Se procede con base en razonamientos y argumentos que probablemente valen por sí mismos, pero que puestos en el contexto estructural no logran desarrollar una consistencia sistémica. A veces los cursos de metodología de la investigación tratan de guiar el camino, aunque más que encontrar una senda jurídica adecuada se pierden en propuestas metodoló-

⁷ Grimm Dieter, “Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Nohlen, D. (coord.), *Pipers Wörterbuch zur Politik*, München, 1989, t. I, p. 1075.

⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 11a. ed., México, 2003. Witker, Jorge y Larios, Rogelio, *Metodología jurídica*, México, 1997. González Galván, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación*, México, 1998. Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado*, México, UNAM, 2005.

gicas de otras ciencias; por ejemplo, las sociales no sabiendo apreciar el carácter normativo propio de las ciencias jurídicas. También ocurre que con buen criterio algunos cursos de metodología para estudiantes de derecho se especializan en consideraciones epistemológicas pero cuando llegan a las específicamente jurídicas, el curso se acaba pronto.

De ahí, que sea necesario insistir más en debates metodológicos y lo expresado por Nohlen debería ser tomado como un incentivo para propiciar mayores investigaciones en dicho campo. Este artículo se inscribe en esa línea y pretenderá dar a conocer algunos aspectos del funcionalismo constitucional. En primer lugar, se aborda la situación del análisis funcional en el derecho, tanto penal como constitucional. En segundo lugar, se ponen ejemplos de cómo ciertas investigaciones constitucionales han tematizado el Estado en sus dimensiones funcionales. En tercer lugar, se expone el modo en cómo el análisis funcional ha contribuido al desarrollo de los derechos fundamentales en Alemania. En cuarto lugar, se encara la forma en cómo procede el método funcional en la comparación constitucional. Por último, se expresan breves consideraciones.

II. LA SITUACIÓN DEL ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO

¿Es “la función” un concepto jurídico? ¿Es posible un “análisis funcional del derecho”? ¿Cuál es el sentido de identificar funciones, equivalentes funcionales o relaciones funcionales?

1. *La teoría funcional en el derecho penal*

En la actual ciencia del derecho le corresponde a los penalistas la presea dorada por el avanzado desarrollo de un derecho penal funcional. El catedrático de la Universidad de Bonn Günther Jakobs, apartándose de la teoría finalista auspiciada por su maestro Welzel, propugna “una renormativización de los conceptos jurídicos-penales con el propósito de orientarlos a la función que corresponde al derecho penal”.⁹ En las palabras del mismo Jakobs citado por sus traductores se señala:

⁹ Peñaranda Ramos, E. et al., “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en Jakobs, G., *Estudios de derecho penal*, trad. y estudio preliminar de los autores citados, Madrid, Civitas-Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 18.

no sólo sucede que los conceptos de culpabilidad y de acción (y muchos otros situados en un nivel de abstracción menor), a los que la dogmática del derecho penal ha atribuido siempre de forma expresa una esencia o —más vagamente— una estructura (lógico-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no se puede decir absolutamente nada sin referencia a la misión que ha de cumplir el derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se imputa se muestra como un concepto funcional.¹⁰

La teoría funcional de Jakobs se desenvuelve en un marco de comunicación entre sociedad, norma y persona. Para él, la sociedad es la construcción de un “contexto de comunicación”, cuya identidad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes. Sentada las bases normativas de este “contexto de comunicación”, se debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes. En esta concepción, el delito se presenta en cuanto comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. De esta forma, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. La pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que incluso constituye ese mantenimiento mismo, expresa Jakobs.¹¹

Algunas de las premisas fundamentales de la teoría funcional de Jakobs son:

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas.¹²

Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad.¹³

Son funciones las prestaciones que —solas o junto con otras— mantienen un sistema.¹⁴

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 18-26.

¹² *Ibidem*, p. 11.

¹³ *Ibidem*, p. 15.

¹⁴ *Ibidem*, p. 17.

La prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad social.¹⁵

Ahora bien, no se puede indagar acerca de determinadas “funciones” sin hacer alusión a “sistemas” concretos. Por ello, es necesario un estudio de la teoría de sistemas. Una obra monumental que justamente analiza estas relaciones entre la teoría de sistemas y el sistema jurídico-penal es la denominada *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de su aplicación*¹⁶ con la colaboración de más de 15 autores entre ellos G. Jakobs y el propio Niklas Luhmann.

En el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el investigador Enrique Díaz Aranda expone las bases de su propia teoría penal denominada “funcionalista social” en su obra *Teoría del delito*.¹⁷

2. La teoría funcional en el derecho constitucional

Al contrario del derecho penal, en el derecho constitucional no se encuentran constitucionalistas identificados plenamente como “funcionalistas”. Tampoco existe una obra “derecho constitucional funcional” o similar que aborde exclusivamente los presupuestos teóricos de esta teoría en el ámbito de las Constituciones. Sin embargo, ello no significa que el enfoque funcional del derecho esté ausente en el derecho constitucional.

Maestros clásicos del derecho constitucional como Manuel García Pelayo conocieron y utilizaron elementos del análisis funcional. El respetado tratadista español de gran influencia en Latinoamérica inició el capítulo I de su conocida obra con el epígrafe “Función del derecho constitucional en el orden jurídico y en la organización estatal”. El planteamiento inicial fue:

podemos y debemos esclarecer cuál es la función de esta rama jurídica dentro de un ordenamiento jurídico positivo y político, pues ello arrojará claridad no sólo sobre su significado, sino también sobre la justificación de su existencia. Esta consideración funcional se hace tanto más necesaria si se tiene en cuenta que el orden jurídico constituye una totalidad y que, por consiguiente, ninguna de sus partes tiene sentido sin referencia a las demás.¹⁸

¹⁵ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶ Gómez-Jara Diez, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de su aplicación*, Granada, Comares, 2005.

¹⁷ Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del delito*, México, Straf, 2006.

¹⁸ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 2000, p. 17.

Cabe señalar que García Pelayo no se preguntaba por las funciones del derecho en el orden social, sino concretamente planteaba la situación de una rama jurídica en especial al interior de todo el ordenamiento jurídico. Más adelante el mismo autor sostenía: “Hemos visto, pues, cuál es la situación del derecho constitucional con referencia al orden jurídico y a la organización estatal. Mas interesa advertir: a) que con ello no se penetra en la esencia de tal derecho; lo que exponemos es una relación funcional, más no un concepto sustancial...”.¹⁹

Con estas palabras García Pelayo se adhería a una corriente de pensamiento que no pretendía encontrar “la esencia”, “la sustancia” de un concepto, sino que entendía que en la elaboración conceptual de las categorías analíticas lo fundamental radica en establecer “relaciones funcionales”. Visto así, la comprensión del derecho constitucional no se reduce a un conocimiento estático de la norma jurídica, sino que se debe —metodológicamente hablando— indagar acerca de su dinamismo funcional. Para García Pelayo, “el derecho constitucional vigente, como todo derecho, no es la pura norma, sino la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad con la que se enfrenta”.²⁰

Este enfoque de García Pelayo seguía las ideas neokantianas del alemán Ernst Cassirer. En sus trabajos sobre filosofía del conocimiento,²¹ Cassirer explica que cuando el sujeto pretende conocer al objeto empieza a analizar la idea de sustancia. En la concepción aristotélica ésta existe en sí misma, tiene consistencia propia, y se diferencia del accidente. La sustancia es pues un sustrato que permanece invariable a pesar de los cambios. Vale decir, si hipotéticamente encontráramos la “sustancia” del derecho constitucional podríamos reconocer a esta rama jurídica en diversos ordenamientos jurídicos a pesar de los cambios que pudieran presentarse en los diferentes Estados nacionales.

Sin embargo, a partir de que Kant niega la posibilidad de conocer la cosa en sí, en su visión estática, y además de que restringe el concepto de sustancia al campo de la experiencia, la sustancia pasa a ser entendida dinámicamente como una categoría de relación.²² Vale decir, la sustancia “no es ni más ni menos que una suma de puras relaciones”.²³

¹⁹ *Ibidem*, p. 20.

²⁰ *Idem*.

²¹ Cassirer, Ernst, *El problema del conocimiento*, México, 1998-2004, 4 ts.

²² Acerca de las reflexiones de Kant sobre el concepto de sustancia, véase *ibidem*, t. II, pp. 594-499.

²³ Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, voz: “Substancia”, pp. 1289-1292; voz: “Función”, pp. 568-571, Buenos Aires, 1958. Müller, Max y Halder, Alois, *Breve diccionario de filosofía*, Barcelona, 2001, pp. 195, 412 y 413.

Esta crítica kantiana inspiró a Ernst Cassirer quien en 1910 tuvo el mérito de proponer una transición del concepto de sustancia al concepto de función, el cual lo derivó de las ciencias matemáticas. Para Cassirer, la función es una ley de asignación (*Zuordnungsgesetz*) donde lo relevante para la formación de un concepto pasa a ser un “contexto de interrelaciones de elementos” (*Verflechtungszusammenhang von Elementen*).²⁴ El ser “aparece así conocido como función, pero su ser conocido no es sólo una mera aprehensión, sino una forma fundamental de realidad”.²⁵

El trabajo de Cassirer influye a su vez la teoría de sistemas de Niklas Luhmann,²⁶ quien desarrolla la idea de función en el contexto de un sistema determinado a fin de entender los problemas del mismo. Si recordamos las palabras de García Pelayo cuando mencionaba que “el orden jurídico constituye una totalidad”, hoy en día diríamos entonces que el orden jurídico constituye un sistema abierto, no cerrado, y en comunicación con otros sistemas y subsistemas.

Sistema y función según la propuesta teórica de Luhmann están presentes en la investigación jurídica en México en los trabajos de Héctor Fix-Fierro desde una perspectiva “socio-jurídica” como él mismo denominara. En el citado simposium sobre tribunales constitucionales, Fix-Fierro expuso el propósito de su conferencia en estos términos:

ofrecer una perspectiva que sitúe a la jurisdicción constitucional en un contexto de explicación de sus funciones políticas como jurídicas en la sociedad contemporánea. Tal explicación es un paso previo necesario para empezar a abordar la cuestión de cuál es la función de los tribunales constitucionales en la consolidación democrática.²⁷

Para desarrollar dichas pretensiones Fix-Fierro partió de la teoría de la sociedad moderna de Luhmann que tiene como premisa la idea de “diferenciación funcional”. Esto permitió a Fix-Fierro elaborar un concepto sis-

²⁴ Cassirer, Ernst, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik*, [1910], Darmstadt, 1994, p. 423.

²⁵ Ferrater Mora, José, *op. cit.*, nota 23, p. 571.

²⁶ Horster, Detlef, “Niklas Luhmann. Was unsere Gesellschaft im Innersten zusammenhält”, en Hennigfeld, Jochen y Jansohn (Hg.), Heinz, *Philosophen der Gegenwart*, Darmstadt, 2005, pp. 179-197.

²⁷ Fix-Fierro, Héctor, “Los tribunales constitucionales en la consolidación de la democracia”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y democracia*, *cit.*, nota 6, p. 47.

témico de Constitución como estructura de acoplamiento entre los sistemas político y jurídico, que tendría a su vez consecuencias para el papel de los tribunales en la consolidación de la democracia. Fix-Fierro procedió analíticamente de la siguiente forma, aunque aquí se presenta de forma abreviada: Toda sociedad moderna

se caracteriza por estar constituida por sistemas sociales —como el político, el jurídico, el económico, el científico o el religioso— los cuales realizan de manera autónoma unos respecto de otros, una función particular para el conjunto de la sociedad... Luhmann habla de “acoplamientos estructurales” para referirse a aquellas estructuras que son comunes a dos sistemas, aunque cumplan tareas diversas al interior de cada uno de ellos. Estas estructuras contribuyen a mantener la diferenciación entre los sistemas, especificando su interrelación... entre los sistemas jurídico y económico, dicho acoplamiento se produce mediante las instituciones de la “propiedad” y los “contratos”, mientras que entre el sistema jurídico y el político, esto se logra a través de “la Constitución”... entonces la función de la Constitución no es sólo negativa o restrictiva, sino también positiva o “promocional”... se trata de una función recíproca, pero con un sentido diferente para cada uno de los sistemas. Para el sistema jurídico, la Constitución es una ley, la ley fundamental o suprema... Para el sistema político, en cambio, la Constitución es un instrumento de la política.

Entendida de esa forma, las prestaciones funcionales de la Constitución a los sistemas jurídicos y políticos, entonces subsiguientemente también puede entenderse que

los tribunales constitucionales constituyen un nodo operativo y organizado del acoplamiento estructural entre sistema político y sistema jurídico... La función general de un tribunal constitucional en un régimen democrático... consiste en una operación de “doble transformación”: primero, de los intereses sociales y los disensos en directivas y lineamientos para las operaciones internas del sistema jurídico; segundo, de los requerimientos de generalización y congruencia internas del sistema jurídico en valores y lineamientos generales para la política... Una vez que existen condiciones mínimas de diferenciación y autonomía entre política y derecho, la jurisdicción constitucional puede contribuir, como ya se ha dicho, a su propia estabilidad y a la del conjunto de las instituciones.²⁸

²⁸ Fix-Fierro, Héctor, “Los tribunales constitucionales en la consolidación de la democracia”, en *ibidem*, pp. 48-53.

Estas conclusiones de Fix-Fierro, expresadas de forma teórica y con carácter general, coinciden con varias consideraciones vertidas en el estudio de casos presentado en la misma obra de tribunales constitucionales y consolidación de la democracia. La posibilidad de contribución de una institución constitucional a mejorar la funcionalidad del sistema estará en estrecha relación con “las condiciones mínimas de diferenciación y autonomía entre política y derecho”.²⁹ En efecto, en el caso paraguayo nos correspondió explicar que “no puede soslayarse de manera alguna la intrínseca relación existente entre la viabilidad de una efectiva justicia constitucional y el tipo de régimen político imperante”. Luego de consideraciones sobre las transformaciones de la justicia paraguaya en el proceso político actual, quedó claro que “la justicia paraguaya tuvo sobre sí el enorme peso de revertir su imagen institucional y, a la vez, tener la fortaleza necesaria como para poder contribuir con el afianzamiento del nuevo sistema político. Ese fue el doble desafío de la justicia en Paraguay en el proceso de transición política a la democracia”. Ello ha permitido entender que más allá de las transformaciones estructurales, producto de reformas constitucionales, como la sanción de una nueva Constitución en 1992, se han producido cambios funcionales en el sistema constitucional paraguayo. Esta nueva dimensión funcional del sistema estructural-institucional paraguayo consiste en que:

El proceso democrático paraguayo es en este momento impensable sin la actuación de la Sala Constitucional en los casos difíciles. Ahí, radica un cambio importante con respecto a décadas pasadas cuando reinaba el autoritarismo. En efecto, las crisis políticas eran una cuestión de Estado y se resolvían en las esferas políticas sin participación judicial. El máximo tribunal de justicia era un simple tribunal para resolver casos particulares. En cambio, hoy en día en Paraguay, la Corte Suprema de Justicia está involucrada de manera directa en la resolución de conflictos que afectan al desarrollo de la democracia. Si la Corte Suprema de Justicia quiere mantener esta alta responsabilidad asumida en los tiempos modernos, debe entonces hacer honor a sus compromisos con la Constitución.³⁰

²⁹ Silvero Salgueiro, Jorge, “El rol de la sala constitucional en la democracia paraguaya”, en *ibidem*, pp. 549-559.

³⁰ *Idem*.

III. ALGUNOS ESTUDIOS CONSTITUCIONALES CON UN ENFOQUE FUNCIONAL

1. *Estudios sobre el tipo de Estado*

Cuando se cumplieron 15 años de vigencia de la Constitución paraguaya de 1992 abordamos el estudio del Estado paraguayo desde dimensiones funcionales de la siguiente forma:³¹

La pregunta inicial fue ¿Qué es el Estado? La cuestión fue respondida de dos formas: el tenor de la primera respuesta fue: aquello que perdura. El fundamento consistió en una demostración histórica: mientras que los órdenes constitucionales se suceden,³² las Constituciones se remplazan unas por otras,³³ las formas de gobierno se modifican,³⁴ los régimenes políticos cambian,³⁵ el Estado, en cambio —a pesar de sus reformas— perdura como aquella “República una e indivisible”.³⁶ Entonces, la respuesta fue producto de la observación empírica. Se resaltó un elemento esencial, lo permanente, lo cual en cierta forma constituiría un elemento sustancial en la idea de Estado y demostraría —solo y nada más que eso— su naturaleza viva. Entonces, el Estado es un ente vivo.

La segunda respuesta fue: el Estado es un ente funcional al poder. La lucha por la independencia del Estado en 1811 ponía de manifiesto esa dependencia funcional entre el ente y el poder. Lo uno era explicable con lo otro por medio de relaciones, en este caso, históricas y políticas. Entonces, este segundo tratamiento de la cuestión consideraba al Estado como un ente dinámico y no meramente estático. La vida en el Estado no es sedentaria, sino conflictiva y compleja como la sociedad misma. Entonces, las relaciones con el proceso político y social determinan en gran medida la noción constitucional de Estado, en especial, el tipo de Estado.

³¹ Silvero Salgueiro, Jorge, “1992-2007: Quince años de Estado constitucional democrático en Paraguay”, *Revista Peruana de Derecho Público* 15, 2007. También en Corte Suprema de Justicia, *Comentario a la Constitución*, Asunción, 2007, t. III, pp. 71-91.

³² Lorenzo N. Livieres Banks identificó seis órdenes constitucionales hasta 1991, a saber: 1813, 1844, 1870, 1936, 1940 y 1967. Livieres Banks, Lorenzo N., *Economía social de mercado y democracia política como fundamentos de un nuevo orden constitucional en el Paraguay*, Asunción, CEPPRO, 1991, pp. 37 y ss.

³³ Constituciones de 1870, 1940, 1967, 1992.

³⁴ De “democracia representativa” a “democracia representativa, participativa y pluralista”, con la reforma constitucional de 1992.

³⁵ En 1989 el régimen político cambió de autoritario a democrático.

³⁶ Artículo 1o. de la Constitución paraguaya de 1870.

De ahí, que aquello que la Constitución paraguaya en el artículo 1o. dice que el Estado es (por ejemplo, Estados social de derecho; democracia representativa, participativa y pluralista), deba ser posteriormente validado relationalmente. Si nos atenemos exactamente a lo que la norma constitucional expresa, qué sería el Estado paraguayo erigido por la Constitución de 1992 ¿Pura ficción normativa? En cambio, el contraste y la interacción entre la norma y la realidad nos permitió una visión de Estado en un proceso de constitución de aquello que la norma dispone.

En teoría, las respuestas sobre qué es el Estado podían ser infinitas, pero lo que quedó claro en el contexto paraguayo fue de que se trataba de un ente funcional al poder que, gracias al régimen político democrático y a la vigencia de una Constitución con cierta fuerza normativa, el Estado está en un proceso —conflictivo muchas veces—, de constituirse en un ente funcional al derecho.

2. *Estudios sobre el preámbulo*

En la obra colectiva *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*³⁷ dos trabajos sin conexión alguna abordaron casualmente el estudio del preámbulo de las Constituciones nacionales a partir de la idea de “funciones”.

Por un lado, José Ramón Cossío partía de la constatación histórica de que en México “no han sido relevantes los preámbulos”. Pero, a pesar de ello se propuso conocer el contenido y funciones de los mismos, y de una manera indirecta las razones por las que se da esa falta de importancia. Hacer ese esfuerzo de investigación le permitiría “constituir un camino adecuado para poner de manifiesto muchos de los problemas que aquejan a la práctica y a la jurisprudencia constitucionales mexicanas y, en particular, ser una vía adecuada para determinar el sentido de nuestra teoría constitucional”.³⁸ Con esta finalidad Cossío se planteó tres interrogantes: “primera: ¿qué contenidos y funciones han cumplido los preámbulos de las Constituciones que estuvieron en vigor en México?; segunda: ¿qué funciones cumple en la Constitución vigente? y, tercera: a qué obedece que hayan desempeñado un papel tan poco relevante?”. Y a ello agregaba:

³⁷ Torres del Moral, A. y Tajadura Tejada, J., *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

³⁸ Cossío, José Ramón, “Preámbulo de la Constitución de México”, en *op. cit.*, nota 37, pp. 261-282. Publicado también en Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002, p. 201.

la consideración exclusiva de las funciones generales de los preámbulos impedirá conocer la situación nacional concreta, mientras que conocer sólo la nacional supone ignorar que el fenómeno constitucional no se originó ni se agota en la dinámica de cada ordenamiento nacional. Si el propósito de este trabajo consiste en demostrar que los preámbulos constitucionales no han cumplido en México funciones normativas, y que ello pone de manifiesto la falta de desarrollo en la forma de concebir, aplicar y estudiar la Constitución, debemos señalar las funciones generales que cumplen los preámbulos y el tipo de fenómenos de que los mismos son expresión. De esta forma, a las tres preguntas que anteriormente habíamos planteado, debemos incorporar una cuarta.³⁹

Por otro lado, en el estudio del preámbulo de la Constitución de Paraguay que nos correspondió elaborar planteamos la investigación a partir de la siguiente estrategia de análisis: “todo estudio que pretenda desentrañar el valor y el contenido del preámbulo de las Constituciones paraguayas no puede dejar de observar el momento histórico en el cual éstas fueron elaboradas, señalando los nexos [funcionales] entre el contenido normativo abstracto y la realidad constitucional concreta”.⁴⁰ Con base en dicha premisa la estructura del trabajo fue: en primer término, individualizar los componentes estructurales del preámbulo; en segundo lugar, caracterizar los ámbitos de regulación y, en tercer lugar, identificar sus funciones en el ordenamiento constitucional.

Entre tales funciones se encuentran:

- a) *la función histórico-explicativa*: donde las ideas contenidas en el preámbulo, así como la formulación del mismo permiten entender los fenómenos del contexto histórico presentes al momento de elaboración de la Constitución. Ello otorga a la Constitución cierta raigambre histórica y le da un sentido de pertenencia a un periodo histórico determinado;
- b) *la función jurídico-interpretativa*: según la jurisprudencia constitucional paraguaya el preámbulo cumple con una función interpretativa.⁴¹ Ahora bien, esta función interpretativa plantea la cuestión acerca de si la misma reviste sólo un carácter opcional, atendiendo a cierta

³⁹ *Ibidem*, p. 203.

⁴⁰ Silvero Salgueiro, Jorge, “Preámbulo de la Constitución de Paraguay”, en *op. cit.*, nota 37, p. 323.

⁴¹ Véase, el Acuerdo y Sentencia 180 del 28.05.96 de la Corte Suprema de Justicia, transscrito en Sapena, Josefina, *Jurisprudencia constitucional*, Asunción, 2000, p. 222.

posición jurídica de que el preámbulo no formaría parte de la Constitución, y por ende no sería vinculante. Sin embargo, puede afirmarse que el preámbulo no es un instrumento autónomo, por lo tanto, se encuentra ligado al texto constitucional siendo parte integrante de éste. No obstante, cabe destacar que dado su nivel de generalidad y abstracción, así como el sentido ideal del mismo, su carácter vinculante como parte de la Constitución pierde en efectividad, por tanto, está sujeto a una interpretación concomitante con el propio texto constitucional;

c) *la función de cohesión constitucional:* los elementos del orden constitucional adquieren una mayor cohesión al relacionarse los mismos con las finalidades y valores enunciados en el preámbulo, cuyas propiedades jurídicas deben ser previamente conocidas. Ello contribuye, además, a otorgar mayor coherencia al orden constitucional.

Entonces, luego de dicho desarrollo analítico se elaboró una síntesis explicativa de los alcances y límites del preámbulo en el orden constitucional paraguayo, concluyendo: que el preámbulo no era una mera declaración lírica vacía de contenidos y desprovista de todo sentido práctico. Por el contrario, conocer su prestación funcional contribuyó a apreciar el sentido práctico del texto y sus efectos concretos en el sistema constitucional, lo cual podría contribuir a la construcción de un Estado constitucional democrático en Paraguay.

3. Estudio sobre el sistema de división de poderes

Otro estudio constitucional de nuestra autoría basado directamente en el enfoque de análisis funcional aquí propuesto es “El sistema funcional de la división de poderes en Latinoamérica” presentado en el Congreso Internacional y VI Congreso Nacional Mexicano de Derecho Constitucional celebrado del 6 al 10 de febrero de 2006 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.⁴² En dicho trabajo se indaga acerca de la función que cumple el sistema de división de poderes en las Constituciones de Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay, y se pregunta concretamente si su funcionamiento normativo privilegia el predominio de un poder del Estado sobre otro.

⁴² Silvero Salgueiro, Jorge, “El sistema funcional de la división de poderes en Latinoamérica”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2006, t. II, pp. 749-772.

En el trabajo en cuestión se constata que las Constituciones de estudio establecen dos tipos de estructura: una orgánica y la otra funcional. Si bien en un primer momento las Constituciones asignan la titularidad de las tres funciones clásicas (legislativa, ejecutiva y judicial) a un órgano o grupo de órganos, lo cual privilegiaría un equilibrio estático del poder pues la estructura funcional coincide plenamente sobre la estructura orgánica (el principio de separación estricta reza: sólo el Poder Legislativo podrá legislar, sólo el Poder Ejecutivo podrá administrar y sólo el Poder Judicial podrá juzgar), en un segundo momento, se dinamizan dichas estructuras orgánica y funcional cuando se asigna el ejercicio de una función no al titular de la misma sino a alguno de los otros dos órganos (por ejemplo, es usual dar potestades legislativas extraordinarias o excepcionales al Poder Ejecutivo). De esta forma, por medio de la asignación del ejercicio de una función se establece un entramado dinámico en las relaciones entre los poderes. Entonces, las Constituciones diferencian entre titularidad y ejercicio de las funciones y mediante la asignación de la última categoría están en posibilidad de privilegiar o no a un poder del Estado, vale decir, de concentrar poder en un órgano. Por tanto, el predominio del Poder Ejecutivo no es una mera cuestión histórica o de cultura política, sino que también tiene sus causas en el propio funcionamiento del sistema constitucional normativo.

Entonces, en el estudio del sistema funcional de la división de poderes la realidad normativa no fue reducida a la percepción de su enunciado teórico sino ampliada a la reflexión sobre su impacto en las relaciones entre los poderes. El análisis adquirió así una faceta dinámica donde la dialéctica de las posiciones determinó la función real de las normas. Vale decir, la norma fue considerada no sólo en relación con su efecto jurídico sino además en su vinculación con el poder. En ello reside el concepto funcional del derecho constitucional, en general, y del sistema de división de poderes, en particular, como un subsistema de aquél.

4. Estudios de Diego Valadés con aspectos funcionales

a) Diego Valadés expuso en El Colegio Nacional en su sede del centro histórico de la ciudad de México una serie de conferencias sobre “Las funciones de la Constitución”. Las mismas tuvieron lugar del 17 al 20 de setiembre de 2007. Un recorrido histórico y una explicación de cómo operaron las categorías constitucionales normativas en la realidad política mexicana le permitieron identificar a Valadés las funciones de la Constitución. Dicha

conferencia todavía no ha sido publicada, pero demuestra la atención y el interés que el enfoque funcional del derecho está teniendo en las investigaciones de destacados constitucionalistas en México en la actualidad.

b) Con anterioridad Valadés había analizado la función estabilizadora de las reformas constitucionales y la función “autopoietica” de la norma en clara alusión a la terminología de Luhmann. En su trabajo sobre “La función constitucional de la estabilidad social”⁴³ Valadés señala que, la función de estabilidad social ha estado presente en la Constitución desde 1917 y sus objetivos tuvieron una doble forma de expresión: adaptación y transformación.

De la adaptabilidad del sistema dependía su permanencia, sin tener que utilizar recurrentemente instrumentos de coacción; sin embargo, esto no fue suficiente para evitar procesos de ruptura, como los registrados con motivo de las sucesiones presidenciales en 1928, 1940, 1952 y 1970 (en este caso el conflicto de 1968 preludió la sucesión), por ejemplo. Por esta razón también se tuvieron que aplicar medidas que permitieran la transformación del sistema, para poder absorber las tensiones que de otra manera habrían producido escenarios de ingobernabilidad. Tradicionalmente se consideraba que la sociedad debía adaptarse al sistema político, pero la elasticidad requerida para esa adaptación no es susceptible de perdurar sin interrupción. La Revolución de 1910-1917 fue una clara expresión de que debía invertirse la prelación y de que era el sistema político el que debía acoplarse con el social. La función de la Constitución experimentó un giro copernicano, pues dejó de ser un instrumento que frenaba las expectativas sociales, para convertirse en su catalizador.⁴⁴

En el balance que realiza Valadés se observa que:

la función estabilizadora de las reformas constitucionales registra resultados asimétricos. No existe, en esta materia, una regla de uniformidad en las respuestas sociales. Con todo, están presentes algunas constantes que permiten identificar esa función constitucional. También se advierte que, cuando la norma se aparte del cauce que ella misma va estructurando, los resultados pueden ser adversos. La función autopoietica de la norma, por ejemplo, se vio interrumpida en el caso del artículo 3o., merced a la reforma de 1934.

⁴³ Valadés, Diego, “La función constitucional de la estabilidad social”, en Cienfuegos Salgado, D. y Macías Vázquez, M. C. (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, México, UNAM, 2006, pp. 391-416.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 391.

Los resultados fueron contrarios al propósito de estabilización. En cambio, la reforma en materia indígena de 1992 fue seguida de acción incremental en 2001 que, por razones circunstanciales, no generó todos los resultados esperados, pero que paulatinamente sí ha ido propiciando un ambiente para la paz social entre los pueblos indígenas.⁴⁵

c) En la función constitucional del control político Valadés entendió que

la Constitución mexicana encuentra su punto más vulnerable, desde la perspectiva de un sistema constitucional democrático, en las funciones de control. Las antinomias estructurales eran imperceptibles cuando el sistema en su conjunto operaba conforme a las pautas básicas de un Estado que disponía de un partido hegemónico... Pero cuando cambió el sistema electoral, y fue modificada la integración del Congreso, pero no se tuvo el cuidado de amortiguar los contrastes que resultarían de manera inevitable, construyendo un nuevo esquema de controles se dejó en la Constitución una serie de vestigios arcaicos que han perturbado el proceso de autopoiesis...la función constitucional de control se ha apartado de su derrotero, y lejos de producir un estado institucional satisfactorio, ha generado una situación disfuncional que, más allá del sistema político, afecta la percepción misma que se tiene de la Constitución.⁴⁶

d) En la función constitucional de mediación jurídica y garantía Valadés sostuvo:

Uno de los aspectos centrales de la función mediadora del derecho, como la concibe Jürgen Habermas, consiste en que el derecho estabiliza las expectativas de comportamiento de los gobernados y de los gobernantes. Sin esta función, la actuación de los órganos del poder sería impredecible y la observancia de la norma carecería de sentido, porque las relaciones sociales tendrían que regirse por otro tipo de referentes, como sucede durante los períodos de prevalencia del más fuerte. Por eso, uno de los problemas que se presentan con las tesis de la indeterminación del derecho es que, al atribuir una capacidad muy amplia de decisión al juzgador, paradójicamente se limitan las posibilidades de predicción de la conducta de los órganos del poder y se debilitan las expectativas sociales relacionadas con el sistema normativo.

La mediación jurídica que realizan los tribunales contemporáneos no se limita a dirimir un conflicto que es sometido a su conocimiento. La función

⁴⁵ *Ibidem*, p. 415.

⁴⁶ Valadés, Diego, "La función constitucional del control político", en Valadés, Diego / Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo...*, cit., nota 42, t. II, p. 328.

de los órganos jurisdiccionales, en especial de los que se han especializado en materia constitucional, está concernida directamente con la garantía de los derechos. Los tribunales ya no se contraen a decir el derecho; también participan en la defensa del derecho y, de cierta manera, en su elaboración. La mediación jurídica, por ende, es la función constitucional atribuida a los órganos del poder facultados para resolver conflictos, garantizar la eficacia del ordenamiento constitucional y adecuar las normas, mediante su interpretación, al contexto cultural. Es una función versátil que ha resultado de la evolución del derecho constitucional moderno y caracteriza al derecho constitucional contemporáneo.⁴⁷

IV. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ALEMANIA

La doctrina constitucional alemana sobre derechos fundamentales se distingue de cualquier otra de Europa o Estados Unidos en que ha elaborado una teoría general de derechos fundamentales que se expone al inicio de cualquier tratamiento en particular de un derecho constitucional. La doctrina anglosajona, por ejemplo la elaborada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, ha puesto su énfasis en la especialización del estudio de cada derecho en particular.

Esta teoría general de derechos fundamentales alemana cuenta con la siguiente estructura de categorías conceptuales: historia, concepto y desarrollo de los derechos fundamentales; su posición en el sistema constitucional y sus relaciones con el orden jurídico europeo; las funciones de los derechos fundamentales, efectos y garantías de los derechos fundamentales, el área de protección, los titulares; los destinatarios (los vinculados por los derechos fundamentales), las intromisiones (permitidas o no) en el áreas de protección, limitaciones y colisiones.

De esta estructura resalta lo que R. Alexy señaló sobre las funciones de los derechos fundamentales: “uno de los resultados más importantes de la discusión sobre los derechos humanos desde la [segunda] mitad del siglo XX es la ampliación de las funciones de los derechos fundamentales, más allá de la tradicional función de derechos de defensa”.⁴⁸

⁴⁷ Valadés, Diego, “La función constitucional de mediación jurídica y garantía”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, México, 2007, t. III, p. 414.

⁴⁸ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 36.

La doctrina alemana ha clasificado la funciones de los derechos fundamentales de la siguiente forma:⁴⁹

- Las clásicas funciones de los derechos fundamentales en su relación entre los individuos y el Estado fueron distinguidas por Georg Jellinek con los conceptos de: status negativus (derechos fundamentales como derechos de defensa), status positivus (derechos fundamentales como derechos prestacionales) y status activus (derechos fundamentales como derechos a una participación activa) en su obra: *System der subjetiven öffentlichen Rechte*, 2a. ed., Tübingen, 1919.
- Desde Jellinek los derechos fundamentales son derechos subjetivos, asignados a una determinada persona.
- Los derechos fundamentales como institutionelle Garantien fue desarrollo de Carl Schmitt, entendiéndose no sólo como derechos subjetivos sino también como derechos que garantizan objetivamente determinadas instituciones, por tanto, no están a disposición del legislador (doble función).
- Ya en tiempos de la Constitución alemana de Bonn se desarrolla la función objetiva-jurídica de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son entendidos como “normas de competencia negativa” que limitan las posibilidades de acción y decisión de los órganos del Estado. Los derechos fundamentales son también conceptualizados como “decisiones objetivas de valor”. Ellos fundan un “orden de valores” o un “sistema de valores de la comunidad” y la Constitución hace al Estado responsable por los mismos.
- El desarrollo teórico y dogmático de los derechos fundamentales es constatado por Böckenforde, quien distingue diversas funciones con relación a que los derechos fundamentales sean entendidos en su dimensión: sistemática-valorativa; institucional; democrática-funcional y en relación al concepto de Estado social. Este desarrollo continuó con el entendimiento de Alexys de los derechos fundamentales como principios que recibe cierto influjo anglosajón.
- La función de protección que se realiza con el establecimiento de un deber de protección por parte del Estado, con el mandato de interpretación conforme a la Constitución, con la protección a través de la participación y la protección ante el peligro. A ello se suma la

⁴⁹ Pieroth, Bodo y Schlink, Bernahrd, *Grundrecht Staatsrecht II*, Heidelberg, 25a. ed., 2009, pp. 22-30. Hufen, Friedhelm, *Staatsrecht II Grundrechte*, 2a. ed., Múnich, 2009, pp. 42-68.

protección de derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento.

La doctrina alemana emplea dichas funciones de los derechos fundamentales a la hora de interpretar algún derecho en particular y como parámetro de decisión en los casos a resolver donde están en juego la vigencia de los derechos fundamentales. Qué significan y cómo operan los derechos fundamentales al interior del sistema constitucional alemán se responde con las funciones que desempeñan dichos derechos.

V. EL MÉTODO FUNCIONAL EN LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL

En el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM celebrado del 9 al 14 de febrero de 2004 en la ciudad de México presentamos un trabajo de nuestra autoría en la Mesa 10 “Metodología del Derecho Comparado”. En este trabajo se propone comparar dos o más órdenes constitucionales partiendo de un problema constitucional concreto descrito en términos funcionales. Fue Christian Starck, basado en la obra de Zweigert que en el Congreso de la Sociedad Alemana de Derecho Comparado⁵⁰ propuso un planteamiento funcional para la comparación constitucional: ¿cómo satisfacen los órdenes jurídicos tenidos en cuenta para la comparación el problema dado en mi orden jurídico, el cual puedo describirlo independiente de él?

El procedimiento de comparación —descrito brevemente— contempla determinar el punto de referencia (*tertium comparationis*) entre ambos órdenes; establecer determinadas *praesumptio similitudes* a fin tener una visión de las semejanzas y diferencias; ampliar la investigación no sólo a las instituciones similares sino también a los *equivalentes funcionales* con base en la propuesta de Niklas Luhmann, de que las prestaciones de una institución pueden ser satisfechas en otro orden jurídico a través de una diversidad de prestaciones de tipo funcional-equivalente;⁵¹ para luego finalizar con una

⁵⁰ Starck, Christian, “Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht”, *Juristen Zeitung*, 21, 1997, pp. 1021-1076.

⁵¹ Luhmann, Niklas, “Funktionale Methode und Juristische Entscheidung”, *AÖR*, 94, 1969, pp. 1-31.

comparación valorativa⁵² que permita establecer aquellos principios y criterios básicos o condicionantes para que la solución del caso sea la mejor.

Entre las conclusiones de la Mesa 10 elaboradas por el investigador José María Serna de la Garza se encuentran:

2. El derecho comparado es un recurso metodológico al que el investigador acude para resolver problemas de su propio sistema jurídico. Se propuso utilizar el enfoque funcional en la comparación jurídica, que trate de encontrar la manera en que los órdenes jurídicos a comparar, resuelvan el problema que el comparatista se propone resolver.

3. La mirada del comparatista debe dirigirse a la búsqueda de “equivalentes funcionales” en los sistemas jurídicos que se comparan, y no tanto en normas y estructuras que formalmente sean similares.

7. Se reconoció la utilidad del derecho constitucional comparado para construir conceptualmente el modelo de Estado constitucional de derecho; a su vez, se señaló que dicho modelo ha sido la base para generar una cultura constitucional compartida por un buen número de Estados o bien que ha servido como punto de referencia, es decir, como modelo ideal para quienes aspiran a construir en sus países Estados constitucionales.⁵³

Por último, sobre la comparación funcional cabe recordar que comparatistas clásicos como Konrad Zweigert se pronunciaron a favor de este enfoque.⁵⁴ También ya en 1977, Héctor Fix-Zamudio citando a Zweigert, señaló el carácter funcional del derecho comparado.⁵⁵

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La propuesta de Nohlen y la escuela alemana de derecho constitucional de “tematizar el Estado constitucional en sus dimensiones funcionales” resuenan con fuerza en Latinoamérica, aunque no se ha llegado —todavía— a la etapa

⁵² Sobre la necesidad de una valoración en la comparación constitucional, véase, Starck, Christian, *op. cit.*, nota 50, p. 1029.

⁵³ Las conclusiones de la Mesa 10 se encuentran transcritas en: Márquez Romero, Raúl (coord.), *Conclusiones del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2004, pp. 67-77.

⁵⁴ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, Tübingen, 1996. Para Zweigert, el método del derecho comparado es “eine funktionelle und antidogmatische Methode”, véase Zweigert, Konrad, *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, Festschrift für Eduard Böttincher, 1970, p. 448.

⁵⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 8, p. 260.

donde las investigaciones declaran que se realizan desde la perspectiva del enfoque funcional. Más bien en esta etapa lo que se constata es que se incorporan aspectos funcionales parciales al tratamiento de un tema en especial.

Los debates metodológicos se encuentran en una etapa intermedia, ya comenzaron hace décadas, se suceden a lo largo del tiempo, pero falta una especialización de los mismos en materia constitucional.

Según Nohlen, el enfoque funcionalista permite “poner luz sobre la interacción de las instituciones en el sistema político”.⁵⁶ Su ventaja consistiría en que aborda no sólo el texto de la norma sino también el contexto de la misma. Su utilización es práctica, pues está dirigido a entender el funcionamiento real de un sistema constitucional. Sin embargo, su base es teórica pues se sustenta en visiones que explican la idea de sociedad y de sus instituciones a partir de sistemas, funciones y disfunciones.

En el campo constitucional el enfoque funcionalista es aconsejable para el estudio de instituciones, pero también es adecuado para el de categorías conceptuales propias del sistema constitucional como ser: el concepto de Estado, los principios que estructuran el Estado, las partes de una Constitución, los derechos fundamentales, funciones de contenidos especiales de la constitución, etcétera. Los diversos estudios que hemos presentado a lo largo del trabajo prueban la diversidad de aplicación temática del enfoque funcional. En el campo de los derechos fundamentales, la función de los mismos en el sistema constitucional, es piedra angular en la teoría constitucional alemana.

En la comparación constitucional es particularmente preferible el enfoque funcional pues facilita la investigación más allá de meras comprobaciones de semejanzas o diferencias. La búsqueda de equivalentes funcionales contribuye a comprender cómo sistemas constitucionales diferentes al de uno pueden resolver ciertos problemas sin contar con las mismas instituciones con las que uno cuenta en su propio sistema.

El enfoque funcional al combinarse con una perspectiva histórico-empírica a la hora de emprender un análisis constitucional acorta en gran medida esa brecha entre la norma y la realidad tan común en Latinoamérica, haciendo más distinguibles las vicisitudes del proceso político.

⁵⁶ Nohlen, Dieter, *op. cit.*, nota 6, p. 30.



Foto 3. Junto con su maestro Dolf Sternberger, en ocasión del 600 aniversario de la Universidad de Heidelberg, octubre de 1986.