

El juez constitucional en el siglo XXI*

Gustavo Zagrebelsky

SUMARIO: I. Las normas constitucionales indeterminadas y el “desplazamiento de poder”. II. Sustancia y forma en el juicio de constitucionalidad de las leyes. III. Impotencia del derecho constitucional cerrado. IV. ¿Constitucionalismo universal? V. Comparación y cooperación constitucional. VI. La última palabra.

No habría aceptado un tema tan comprometedor —el juez constitucional al inicio del siglo— y me habría concentrado prudentemente en algún aspecto particular de nuestro tema si no pensara que, efectivamente, el tiempo que vivimos hace nuevos cuestionamientos a la justicia constitucional mientras que las respuestas ya están en gestación, aunque sea con dificultades, como es natural que así sea.

Procederé teniendo en consideración, ante todo, dos aspectos particulares de la que indudablemente es una de las doctrinas fundadoras del control de la constitucionalidad de las leyes, la doctrina de Hans Kelsen: dos aspectos que pudieran parecer hasta obvios, en aquel tiempo, y que hoy, al contrario, nos parecen superados por la experiencia. El cuestionarnos sobre esta separación puede servir para introducirnos al estudio del tema que me ha sido propuesto. Se trata (a) de la crítica de las normas constitucionales indeterminadas y (b) de la reducción del vicio de inconstitucionalidad material a vicio formal.

I. Las normas constitucionales indeterminadas y el “desplazamiento de poder”

La preocupación de Kelsen fue formalizar el juicio constitucional y liberarlo de las temidas interferencias de naturaleza político-ideológica, para poderlo construir como “juicio”, es decir, como aplicación de normas, y sustraerse así a la crítica de Schmitt que veía el disfraz de decisiones político-legislativas, más bien político-constitucionales, bajo el aspecto solo exterior de la jurisdicción. La “politización” no es exorcizada sencillamente por Kelsen con la acusación de ideologismo abstracto tenida

* Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008.

como la concepción schmittiana del juicio como mera “subsunción” del hecho en el derecho. Es afrontada, en cambio, *ex professo* en los términos de un riesgo temido, el “desplazamiento de poder”. Las cortes constitucionales —dice— no deben ser llamadas a decidir con base en algo como los principios de derecho natural, un derecho en el que cada quien es libre de ver los contenidos que quiere. Pero “la situación sólo es diferente en apariencia cuando, tal como ocurre frecuentemente, la misma constitución se refiere a estos principios recordando a los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar mínimamente de qué se trata. Si estas fórmulas sólo sirven para cubrir la ideología política común con la que cada ordenamiento trata de revestirse, el llamado a la equidad, a la libertad, etcétera, con falta de precisión sólo significa que tanto el legislador como los órganos antepuestos a la ejecución de la ley están autorizados a llenar discrecionalmente el espacio dejado por la constitución”. Las concepciones de tales valores “difieren según los puntos de vista de los interesados que, si el derecho positivo no consagra a uno u otro de ellos, cualquier regla de derecho puede estar justificada con alguna de estas posibles concepciones”. Si así ocurriera, “la concepción de la justicia de la mayoría de los jueces del tribunal constitucional podría ser considerada sencillamente intolerable. Dicha concepción de la justicia podría contrastar completamente con la de la mayoría de la población y evidentemente también con la del parlamento que ha querido dicha ley [...] Para evitar un ‘desplazamiento de poder’ similar —ciertamente rechazado y políticamente contraindicado— del parlamento a un órgano extraño, el cual puede llegar a convertirse en el representante de fuerzas políticas muy diversas de las que se expresan en el parlamento, la constitución debe, sobre todo cuando crea un tribunal constitucional, abstenerse de esta terminología y, si quiere poner principios relativos al contenido de las leyes, los debe formular en el modo más preciso posible” (H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione [la giustizia costituzionale]” [1928], en *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 189 y ss.). “Si se quiere tener restringido el poder de los tribunales y, por lo tanto, el carácter político de sus funciones [...] debe estar lo más limitado posible al ámbito de la discrecionalidad que las leyes atribuyen para su aplicación. Las normas constitucionales que un tribunal está llamado a aplicar y, en particular, aquellas que establecen el contenido de las futuras leyes —como las disposiciones sobre los derechos fundamentales y similares— no deben ser formuladas en términos demasiado genéricos. En definitiva, el peligro del ‘desplazamiento de poder’ indica la eventualidad del control de la Constitución, introduciendo contenidos jurídicos constitucionales que no son imputables a la constitución, y que se extienda discrecionalmente, atentando a las prerrogativas del legislador y asechando la democracia” (H. Kelsen, “Chi deve essere il custode della costituzione?” [1930-1931], en *La giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 253-254).

El auspicio de normas constitucionales determinadas, es decir, de normas que mantienen la estructura de reglas, fueron destinadas a quedar inadvertidas. Las cons-

tuciones del constitucionalismo actual no son textos normativos en el sentido del positivismo jurídico. En efecto, estos textos son ricos, precisamente en aquellas proposiciones que Kelsen invitaba evitar, y no lo son por capricho o ignorancia de los autores de las mismas constituciones, sino por necesidad de constituciones materiales. Las normas constitucionales abiertas son, en efecto, características inevitables de las constituciones, en cuanto se entienden como documentos normativos “comprensivos”, idóneos para situaciones constitucionales pluralistas, destinados a valer en el tiempo para integrarlas en un movimiento ideal que cruza los límites de los estados nacionales. Estas normas son tales que necesariamente requieren una obra de concretización histórico-concreta, no completamente predeterminada en sus contenidos. Debemos entonces, desde esta constatación, llegar a la consecuencia de que las características inevitables de la “jurisdicción constitucional” de nuestro tiempo, dan mucha más razón a Schmitt que a Kelsen, ya que ésta representa justo lo que el primero denunció como una irresistible distorsión judicial de una función política y que infructuosamente el segundo proponía evitar. ¿Debemos concluir entonces, que la justicia constitucional es una contradicción de términos, porque la aplicación de la constitución —de la constitución cual esa es y no puede no ser en nuestro tiempo— es necesariamente política constitucional, no jurisdicción constitucional? La pregunta es fundamental y, al mismo tiempo, paradójica, frente a su aceptación casi universal como elemento del constitucionalismo actual. ¿Es posible que esto ocurriera a costa de un indebido “desplazamiento de poder”?”

Por cuanto Kelsen critica la idea de la jurisdicción como actividad de mera “subsunición” del hecho en el derecho y otorgue a la jurisdicción la tarea de solucionar, además de las cuestiones de hecho, también las “dudas interpretativas” acerca del derecho, si él hubiera considerado los desarrollos efectivamente tomados por el derecho constitucional actual, finalmente habría llegado, queriendo o no, a las mismas conclusiones de su crítico. Para uno, se trataba de razones teóricas (la definición de jurisdicción), para el otro, prácticas (la discrecionalidad de hecho), aunque al final la conclusión hubiera tenido que coincidir.

El postulado común de este contraste es la concepción positivista del derecho, como producto integralmente legislativo (ordinario o constitucional), más allá del que existe en el campo de lo “no jurídico”, es decir, de la arbitrariedad (o “discrecionalidad”) y en definitiva decisiones políticas que no competen a los jueces. Es con base en este postulado que puede hablarse de desplazamiento de poder político, o de apropiación indebida de poder de un legislador por parte del juez.

Pero todo está y cae con la premisa monista, es decir, con la pretensión de que la ley debe ser, por sí misma, derecho. El dualismo jurídico, el derecho de dos caras, formal y material, distintas pero interdependientes, abre un modo diverso de ver. Esta concepción dual del derecho tan solo se deja entrever. A ella he dedicado un trabajo de próxima publicación, cuyo título es *La legge e la sua giustizia*, en el cual trato de mos-

trar cómo nuestra época observa el renacimiento de lo antiguo y la nunca apagada tensión entre *ius* y *lex* y donde el *ius* se manifiesta a través de las normas constitucionales indeterminadas, a las cuales no se adhiere la estructura del “si... entonces”, que es aquella en base a la cual se puede hablar de “aplicación” como de “subsunción”, tampoco adhiere un vínculo de exclusividad a una voluntad legisladora, respecto de la que se puede hablar en el “desplazamiento de poder”. Si más allá de la ley existe otro derecho, la convicción positivista según la cual donde no hay ley (o donde la ley es vaga, imprecisa, indeterminada) existe sólo política, cae necesariamente. Donde falta la ley puede existir política, la política que, fisiológicamente, está destinada a elaborarse en ley, pero puede haber también derecho no legislativo, es decir, derecho material. Este derecho material encuentra hoy su expresión en la constitución, la cual a su vez, son un conjunto de principios en el que operan reenvíos y recepciones a un derecho material pre-positivo. A esto nos lleva el dualismo del derecho, su doble cara. Si se coincide en el hecho de que el legislador sólo dominara el lado legislativo y no aquello no legislativo, la dificultad denunciada con la expresión “desplazamiento de poder” pierde su consistencia. Las normas constitucionales indeterminadas no “desplazan” nada, no se abren impropriamente a la política, a la inspiración subjetiva, al libre albedrío del intérprete y, en cambio, le piden al juez enfrentarse con el derecho, no amputando su dimensión material. Que luego el modo de tratar el derecho material sea diferente de aquel de tratar el derecho legislativo; que el primero sea formalizable en procedimientos lógicos (la “técnica jurídica” desarrollada por el positivismo) y el segundo se deba avalar de instrumentos culturales imposibles de formalizar; que el derecho legislativo pueda ser objeto de una “ciencia” mientras el derecho no legislativo solicite más bien “prudencia”, como conciencia del sentido de su tarea que se refleja en la interpretación: todo esto es sencillamente la consecuencia de la doble naturaleza del derecho, el derecho como forma de la fuerza (*lex*) y el derecho como sustancia (*ius*), entrelazadas a partir de una relación de razonable compatibilidad.

II. Sustancia y forma en el juicio de constitucionalidad de las leyes

El reduccionismo legalista kelseniano se traduce en su nomodinámica y en su teoría de la justicia constitucional, en la exigencia respecto a las formas, es decir, los procedimientos. Un aspecto de este planteamiento es la reducción de los vicios de las leyes “materiales” (por razones de contenido) a vicios formales (por razones de procedimiento). Los vicios materiales se resolverían conforme al segundo, sólo estos últimos tendrían efecto en la teoría de la inconstitucionalidad de la ley.

Viendo los presupuestos de esta concepción, podemos destacar la distancia de la nuestra, con base en que la reducción de la sustancia a la forma nos parece bastante forzado. Sin embargo, esa está argumentada de forma impecable. Los ordenamientos

a esta constitución rígida, basados sobre una relación de jerarquía entre constitución y ley, resultan de estos dos elementos: (a) cada “grado normativo”, se caracteriza por una forma correspondiente: así, al “grado constitucional” corresponde una forma o procedimiento constitucional, y análogamente al “grado legislativo” corresponde una “forma” legislativa; (b) las normas inferiores deben respetar el contenido de las superiores; (c) una norma legislativa que tiene un contenido en contraste con una norma constitucional, es inválida si se adoptara en forma legislativa, pero sería válida (ya sea abrogatoria o derogatoria) si se adoptara en forma constitucional. La inconstitucionalidad derivaría, por lo tanto, no del contraste de contenidos sino de la errónea elección de la forma de normar. Con las palabras de Kelsen: “frecuentemente se distingue entre inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material de las leyes. Tal distinción es admisible sólo con la reserva de la llamada inconstitucionalidad material, es en definitiva también esta inconstitucionalidad formal, en el sentido de que una ley cuyo contenido es contrario a la constitución ya no sería inconstitucional en caso de que se hubiera votado como ley constitucional. Se trata, por lo tanto, en definitiva de saber si debe ser observada la forma ordinaria o la constitucional” (“La garanzia giurisdizionale della costituzione”, *op. cit.*, p. 155). La tarea de la Corte Constitucional sería, por lo tanto, la de garantizar la justa elección de las formas, como si aquello fuese un “operador de cambios” (L. Favoreu).

Nosotros comprendemos el significado de esta reducción de la sustancia a la forma. Se trataba de salvaguardar la integridad de la democracia, entendida como omnipotencia de la ley producida según los justos procedimientos; es decir, se trataba de mantener intacto el “derecho a la última palabra”, a favor del legislador democrático. Todavía, la reducción de la sustancia a forma corresponde a una comprensión de la justicia constitucional íntimamente formalista y anti histórica que, paradójicamente ignora o esconde el hecho de que las constituciones nacen con el propósito opuesto, un propósito sustancial: el propósito de circundar determinados contenidos normativos de particulares protecciones con respecto a las intenciones de cambio. No es lo mismo, desde el punto de vista del entendimiento, decir que la constitución siempre es y que posee su parte modificable, cuando se realice con el procedimiento apropiado, o bien que la constitución es irreformable, a menos que se active el procedimiento excepcional de la revisión constitucional. Estas afirmaciones parecen peculiares y equivalentes, pero no es así desde el punto de vista cultural. Los procedimientos agravados previstos por la revisión constitucional pueden existir si se conciben como una variante de procedimiento legislativo, pero también si son concebidos como garantía material, por medio de los procedimientos contenidos en la constitución. La Constitución italiana, por ejemplo, coloca su art. 138 sobre la revisión constitucional no en la “sección” dedicada a la *Formación de las leyes* (arts. 70 y ss.), sino en el “título” que prevé las *Garantías constitucionales*, en el que también está comprendido el control de constitucionalidad de las leyes (art. 134-137). Se puede explicar el mismo concepto en

otro modo, que aclara un aspecto muy relevante de esta reducción de la sustancia a la forma. La forma, en las concepciones positivistas del derecho es “forma de la fuerza” o “fuerza puesta en forma”. Reducir la constitucionalidad con respecto a la forma significa reducir la experiencia constitucional a una cuestión de “modo de ejercicio” de la fuerza, contra la convicción de que el constitucionalismo es una doctrina que contiene aspiraciones de forma, pero ciertamente también de sustancia: esta es esencialmente una doctrina de contención de la fuerza en vista de los valores sustanciales de la convivencia civil.

Empero, la tesis: de cada contenido es lícito, con tal que deliberado en la forma debida, es desmentida de la existencia de normas constitucionales que las constituciones mismas declaran irreversibles, para la modificación no está prevista alguna “forma debida”. Se trata de principios fundamentales, esenciales, irrenunciables o supremos indicados por las mismas constituciones o elaborados por las jurisprudencias constitucionales, por ejemplo, en ocasión de la adhesión a organizaciones internacionales dotadas de poder normativo, como la Unión Europea, para establecer límites a la “injerencia” en los órdenes nacionales y preservar con ello un núcleo de principios intangibles. La existencia de normas constitucionales de esta categoría es sumamente significativa: éstas, impidiendo interferencias externas, confirman la existencia de una sustancia fuerte de soberanía estatal, que se resiste incluso en presencia de la formación de instancias políticas supra estatales. Pero esta defensa de soberanía no se traduce de ninguna manera en la exaltación de la soberanía política de los legisladores estatales, cuestión que, según Kelsen, sería aceptado en el respeto de las formas. Aquella defensa se traduce, por así decirlo, en la soberanía de la constitución, cuyo núcleo esencial, como está sustraído a los ataques externos, es protegido así por los ataques interiores: y es, en resumen, un contenido constitucional irreformable por definición. “La última palabra”, cuando se trata de estas normas, pertenece al derecho y a los jueces, no a la ley y a los legisladores.

Aquí se requiere profundizar. La existencia de principios contenidos en la constitución no modificables a través de los procedimientos legislativos previstos por su propia modificación, presupone que tal inmodificabilidad tenga un fundamento autónomo, en una “norma” (no en el sentido del positivismo) “sobre la constitución”, que sea válida “antes” de esta, es decir, que sea “pre-constitucional”, en el sentido de la constitución positiva. Si esta norma perteneciera a la constitución positiva se debería, en efecto, admitir que cambiándola o suprimiéndola, se pueda hacer modificable lo que en ella se había previsto como irreformable. Para poder afirmar la irreformabilidad absoluta de la constitución o de sus partes individuales, hace falta hacer referencia a una dimensión material de derecho constitucional que no depende de la voluntad de alguna autoridad constitucional fundada en la constitución misma y, por consiguiente, no derivado de algún estatuto autorizado por normas constitucionales positivas. Estamos aquí en una dimensión de derecho constitucional pre-positivo que —siendo la

constitución la más alta norma positiva— pertenece a la esfera no de la forma, o sea de la fuerza metida en forma de *lex*, sino de la sustancia, o sea del *ius*, es decir, de un derecho material independiente de su forma definida positivamente.

III. Impotencia del derecho constitucional cerrado

El derecho en sí y, por lo tanto, también la constitución como acto positivo, no controlan los condicionamientos de su valor como derecho, condiciones que se transforman bajo la presión de factores históricos independientes, a los que también la jurisprudencia, es decir, la teoría y la práctica del derecho, acaban por conformarse, teniendo en cuenta lo anterior. Esto explica por qué las controvertidas tesis en los dos epígrafes anteriores —acerca del “desplazamiento de poder” como resultado de las normas constitucionales indeterminadas y la reducción de la sustancia a la forma— no puedan convencer hoy, mientras que antes sí lo hacían. Los presupuestos fueron cambiando conforme las tesis fueron avanzando, tesis que pueden ser expresadas en síntesis, tomando prestada la expresión fichtiana de “derecho constitucional cerrado”. Actualmente, el derecho constitucional está sometido a fenómenos históricos de amplio alcance, que lo llevan a transformarse en “derecho constitucional abierto”.

¿En qué sentido podemos hablar de concepción cerrada del derecho constitucional? La crítica a las normas constitucionales indeterminadas y a la reducción de inconstitucionalidad sustancial a formal, pueden parecer dos aspectos marginales de una concepción del juicio sobre las leyes. No es así. Se aclara el concepto de derecho constitucional cerrado y, por consiguiente, abierto. (a) La crítica a las normas constitucionales indeterminadas protege la integridad del derecho, en cuanto éste sea exclusivamente positivo, de “entradas” de sustancia heterogénea e indeseada. (b) La reducción de la inconstitucionalidad material a formal, a su vez, garantiza el monopolio legislativo del derecho. Por lo tanto: el cierre del derecho solo sobre el “positivo” y cierre de lo positivo solo sobre el “legislativo”. Considerados conjuntamente, estos dos elementos de la doctrina kelseniana convergen en un sentido único: la garantía de lo absoluto del derecho legislativo a través de coherencia de sus manifestaciones. Con una especie de aparente juego de prestigio conceptual, el control de constitucionalidad de la ley viene así a representarse, no como garantía de la existencia de un límite a la fuerza en nombre de cualquier otra cosa, que fuerza no es, pero como garantía de omnipotencia (de las diversas manifestaciones) de la fuerza misma, es decir, como garantía de soberanía.

Que la soberanía sea concebida como prerrogativa del Estado, en cuanto forma histórica de sujetos políticos concretos (un príncipe, una clase, un pueblo, una nación), o bien que sea identificada, por una despersonalización en el orden jurídico, no cambia aquí lo importante: la ley soberana es tal en el ámbito personal y territorial que logra imponerse sobre el orden. Paralelamente, todo cuanto ocurre en este ámbito es

como inexistente, regresando bajo el control de otras soberanías. *La reducción de todo el derecho a la ley soberana; relevancia por el derecho a todo lo que es interior al ámbito de la soberanía y sin irrelevancia de todo lo que es externo*: así podemos traducir lo que entendemos por particularismo constitucional o derecho constitucional cerrado.

“De las constituciones se puede hablar sólo históricamente”, escribe Hegel, y esta expresión también puede admitirse independientemente de cada muro historicista. Hoy, de constitución tiene que hablarse de otra manera, como se podía hablar en el tiempo en que la justicia constitucional y el control de constitucionalidad sobre las leyes fueron concebidas. Los presupuestos ya no son exactamente los de aquel entonces. La distancia que nos separa del tiempo de la fundación puede ser medida sobre los dos puntos cruciales (de que las tesis kelsenianas son el reflejo) del cierre de los órdenes constitucionales sobre ellos mismos, de que es corolario la naturaleza exclusivamente legislativa-positiva de tales ordenamientos. La crisis de estos dos aspectos de las constituciones modernas es lo que nos lleva hacia un derecho constitucional abierto.

La constitución define pues, en primer lugar, el ámbito territorial y personal de su validez y eficacia. Por ámbito de validez y eficacia podemos entender aquí, el conjunto de los “sucesos” que, por así decirlo, tienen *resonancia* para la constitución, la cuestionan y buscan respuesta en ella. El ámbito constitucional coincide a su vez con el del Estado soberano: las Constituciones han nacido y son operantes en este ámbito. Pero esta coincidencia ya está rota. La constitución se está emancipando. Ya no es función del Estado. Los confines de las resonancias se han extendido. La realidad constitucional se toma una revancha sobre la representación que se hace de las constituciones, entendidas como leyes puestas en forma constitucional.

El mundo jurídico actual, en muchos campos, va liberándose llamativamente del territorio, el espacio circundado por cuyos confines el derecho público tiene siglos asignando la tarea de precisar las colectividades humanas, sus gobiernos y sus sistemas jurídicos. Este elemento del Estado ha representado por siglos la dimensión en que los hechos sociales asumieron sentido y valor y, por consiguiente, la dimensión de sus repercusiones jurídicas. Lo que ocurrió fuera resultó indiferente o, si no lo fue, aun cuando no hubiera sido así, pudo convertirse en objeto de derecho internacional, un derecho que superó los confines pero incluso siendo siempre su matriz estatal-territorial, los ratifica como presupuestos. El derecho constitucional cerrado a la Kelsen, no fue incompatible con la creación de un derecho internacional, pero como proyección del derecho entre estados (el derecho a los tratados) o como dimensión jurídica independiente del derecho a los estados (el derecho internacional general, en el ámbito que el propio Kelsen ha elaborado su doctrina monista de las relaciones entre ordenamiento estatal y ordenamientos estatales). En la actualidad no es solamente así. Las dimensiones del derecho constitucional se han extendido y, para indicar esta expansión, se habla, con lo que un tiempo habría parecido un oximorón, de “derecho cons-

titucional internacional”. “La tierra pertenece a los vivientes” o, quizás, los vivientes pertenezcan a la tierra: tierra, en todo caso, no más territorios.

La soberanía de un tiempo es cambiada en dependencia o interdependencia. El control de muchos factores condicionantes de las singulares existencias constitucionales rehúye de las constituciones cerradas. Actos y sucesos de naturaleza política, cultural, económica y tecnológica, ambiental en otras partes del mundo resuena directamente en el patrimonio de los bienes constitucionales locales, que son aquellos de los que se ocupan las constituciones nacionales. Por otro lado, los principios constitucionales, por cuantos escritos en constituciones particulares, tienen en lo esencial un alcance universal y expresan aspiraciones en alguna circunscripción en los confines que la historia ha dado a los estados: la vida, la dignidad, la igualdad, los derechos humanos y las libertades colectivas e individuales, la paz, la justicia, etcétera. Sus violaciones son relevantes en cualquier lugar de la tierra en la que esto ocurra. En resumen: las distancias y las separaciones sobre las que se pudieron apoyar constituciones particulares se están reduciendo o superando. Aumentan las implicaciones constitucionales que prescinden de la división de la tierra en territorios, de la división de los pueblos de la tierra en poblaciones sometidas a soberanías distintas.

Con estas consideraciones, nos asomamos sobre aquella nebulosa de confusas realidades y enredados problemas que denominamos “globalización”, en la que advertimos su presencia amenazadora en nuestras existencias, sin lograr por ahora entender de ella lo esencial o comprender su morfología y dominar con ello las fuerzas. Por tanto, como juristas, “preferimos trabajar con conceptos claros, antes que ir a ciegas en la niebla” (E. Denninger), ya que no podemos sustraernos en la tarea de adecuar a nuestros instrumentos a las nuevas condiciones en las cuales el derecho es llamado a ejercerse.

En general, lo que denominamos con aquella pluricomprendiva palabra es un fenómeno de *conexión causal*, de tal manera que situaciones de un lugar son influenciadas por sucesos en otros lugares, donde la distancia supera, o más bien ignora, los confines de los Estados, de las sociedades, de las naciones, y de sus organizaciones políticas, sociales y jurídicas. Otros hablarán, cada uno desde el punto de vista de su disciplina, de mercados; de circulación de capitales, tecnologías, informaciones; de mezcla de etnias, culturas, o también, pasando a otra perspectiva, de difusión de enfermedades, de epidemias, de pandemias, etcétera. Para aquellos que les concierne la constitución, la globalización puede ser definida como la *condición por el que acontecimientos lejanos, y cadenas causales del más variado género, producen consecuencias sobre la protección local de los bienes constitucionales y viceversa*: como la condición por el que la disciplina local (o la ausencia de disciplina) de bienes constitucionales en un lugar produce consecuencias en otros lugares lejanos. “Lejanos” significa más allá del confín de la validez y eficacia de la constitución y fuera del alcance de los poderes reguladores de que disponen las sociedades que los padecen. Desde el punto de vista del orden que padece, aquellos acon-

tecimientos lejanos son meros hechos, no hechos jurídicos, subordinados a reglas dictadas en órdenes diferentes. Causas y efectos son desplazados de otra manera y los que padecen los efectos son impotentes con respecto de las causas, siendo colocado en un lugar privado de poder en los ámbitos en que se determinan las causas. Este subnivel de causas y efectos puede tener un efecto de frustración del derecho que, como el constitucional, es ligado originariamente a los confines que definen las dimensiones de las soberanías estatales. La tarea actual de quien trabaja por el derecho constitucional de hoy, es el de intentar acercar los ámbitos y reconstruir un entorno de principios fundamentales en que los efectos y sus causas estén igualmente sometidos al derecho. En cambio, se tiene un contexto regular de derechos y situaciones justo en el ámbito constitucional, si las condiciones de eficacia de tal regulación se determinan en otro lugar.

La globalización no es pues solamente un hecho de ampliación de las dimensiones de los fenómenos sociales, que desdoblan a superar cada confín territorial y estrechar una única dinámica de interdependencias de los pueblos de la tierra. Sobre todo es, por ahora, un traslado de causas y efectos que crea frustración e impotencia. Anthony Giddens ha recurrido a la imagen del carro de Dschagannath que, según una tradición hindú, una vez al año transporta la imagen del dios Krishna, moviéndose sin sentido aparente y arrollando inevitablemente a la gente que, en poder de la ceguera del éxtasis religioso, trata de conducirlo, detenerlo y frenarlo.

No hay necesidad de muchos ejemplos. Sabemos todos lo que ocurre como resultado de la circulación de los capitales en la dimensión mundial, del libre mercado de las mercancías producido en condiciones no comparables de coste del trabajo y protección de los derechos a los trabajadores; como resultado de los desarrollos de la tecnología aplicada a los nuevos ámbitos de la vida; como resultado de la falta de protección de bienes indispensables para la vida sobre toda la tierra y de la insuficiente precaución respecto a consecuencias catastróficas de desastres ambientales; como resultado de la tolerancia respecto a la criminalidad organizada, terrorista y común. Cada uno de nosotros sabría prolongar la lista de situaciones de este género, cuyos efectos repercuten de manera grave sobre bienes constitucionales como los derechos fundamentales, disciplinados en órdenes constitucionales diferentes en los que se han ocasionado. Pero va formándose, incluso lenta, fatigosa y parcialmente, una dimensión constitucional moral. Hechos lejanos nos atañen y nos golpean, incluso sin que sea una cuestión concreta de *nuestros* derechos, cuando advertimos que el estándar moral esencial es violar *otros* derechos, diversos de los nuestros. La “indivisibilidad de los derechos” que, en general, sólo es una expresión retórica, lo es menos con respeto a bienes esenciales, como por ejemplo la vida, la paz, el respeto de las identidades culturales colectivas, la libertad y la autodeterminación de los pueblos, violadas por la ejecución de sentencias capitales, de intervenciones bélicas, guerras y “limpiezas étnicas” o represiones a movimientos de liberación. En el espacio que se abre entre los

hechos específicos y su desaprobación moral general pueden introducirse especulaciones ideológicas e instrumentalizaciones políticas, hasta el empleo de la fuerza en guerras en un sentido ambiguo. Es un peligro. Pero no es este un motivo para negar, también en estos casos, la existencia de un espacio que debe ser llenado, de un vacío de derecho constitucional, una vez que de este derecho se tenga una concepción cerrada.

IV. ¿Constitucionalismo universal?

Filósofos, teólogos, politólogos, sociólogos, economistas, cada uno por su parte, se ha preparado para destacar los peligros inevitables de este Moloch de la globalización, que invade y condiciona cada ámbito de la vida, proponiendo análisis, conceptualizaciones, líneas de reflexión crítica y perspectivas de acción práctica. ¿Y la ciencia jurídica? ¿En particular, la ciencia constitucional? La ciencia constitucional ha tenido desde siempre la tarea de organizar jurídicamente la dimensión de los hechos y los poderes constitucionales. Y aun hoy la tarea, en lo esencial, no es diferente, incluso no pudiendo referir más y apoyar integralmente en la unidad de un sujeto soberano, en la forma del Estado constitucional cerrado. No se tienen que subvalorar, se tienen más bien que sustentar, las tentativas de recomponer aquella discrasia entre condiciones y consecuencias de derecho constitucional a través de instrumentos políticos, a través de la acción de los Estados que, con los medios del derecho internacional, crean organizaciones supranacionales dotadas de poderes normativos, administrativos y judiciales supranacionales. Hay una tarea que concierne no a la política internacional, sino al derecho constitucional, es decir, los constitucionalistas y los tribunales que tienen que ver con materia constitucional y normas constitucionales.

A este respeto es relevante la superación de la concepción original de la constitucionalidad cerrada, de la cual se ha hablado. La concepción material de la inconstitucionalidad libera el corazón de la constitución de la supremacía legislativa del Estado; la estructura indeterminada de las normas constitucionales de principio, sobre los que se ejerce con más provecho la comparación, permite conexiones horizontales. Existe ya un patrimonio de contenidos fundamentales que se encuentran con notable solemnidad en las Constituciones estatales hoy vigentes: por ejemplo, la igualdad y la no discriminación de los seres humanos, su dignidad y la prohibición de tratos degradantes, la protección de las minorías, los derechos a libertades clásicas y los derechos sociales, la democracia y el derecho al autogobierno de las comunidades locales, la protección de las identidades culturales, etcétera, principios que actúan en el cuadro de los meta-principios de la racionalidad y la proporcionalidad de la ley. De la interpretación de estos principios, cuando la jurisprudencia se inspira en orientaciones comunes, puede progresivamente formarse un mínimo común denominador constitucional ultraestatal, “administrado” por jurisdicciones constitucionales locales, donde se pueden encontrar respuestas comunes a cuestiones con repercusiones generales.

La construcción de este patrimonio de derecho constitucional común parece ser la tarea actual de la ciencia y la jurisprudencia constitucional. Conscientes o no, movidas por exigencias comunes, trabajan en el cauce de lo que podemos definir como “constitucionalismo actual”, una noción ya presente en el *ethos* de nuestro tiempo, que ningún legislador (tampoco un legislador constitucional), ninguna jurisprudencia, ninguna doctrina puede permitirse contradecir, sin por eso caer en la ilegitimidad y expiar una pena no solamente moral sino también llena de consecuencias potenciales en el plano práctico: exclusión de convenios internacionales, sanciones directas e indirectas, parálisis (en el sentido griego-clásico) de la vida política interna. Se dirá: ¿pero las constituciones positivas, imponiendo la soberanía sobre la cual todavía se basan, no pueden ir por su cuenta? ¿No es el constitucionalismo de nuestro tiempo quizás una frágil ideología o una vaga aspiración? La respuesta está en esta otra pregunta que remite a la “fórmula de Radbruch” (recientemente dedicada en honor de R. Alexy): ¿es también lejanamente imaginable una constitución que empiece diciendo que la dignidad humana no es respetada, que es admitida la discriminación entre los seres humanos, que la libertad es proscrita, que la injusticia se eleva a valor?

Con respeto a esta base de derecho constitucional situada mas allá de la soberanía estatal, se ha hablado de supra-constitucionalidad, una noción controvertida, heterogénea, resultante de principios de *ius gentium* (el derecho internacional no patricio), de convenciones internacionales patricias multilaterales, de la participación de los estados a organizaciones supranacionales, de principios proclamados intangibles de las mismas constituciones nacionales, de principios del llamado derecho humanitario, de motivos de justicia inscritos en el derecho natural, etcétera.

Esta noción de supra-constitucionalidad se ha vuelto objeto de debate en las últimas dos décadas, en concomitancia con la apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales a dimensiones constitucionales más amplias. El hecho mismo que haya sido propuesta y haya encontrado un fértil terreno de discusión, es, por ahora, más significativo del consentimiento que tuvo hasta ahora. La idea misma de un nivel de normas que valen más que la constitución es considerada una contradicción en términos, una vez que el derecho constitucional coincide con la constitución positiva y que esta constitución es norma suprema. Este “positivismo de la constitución” rechaza como contradictoria la idea de que la constitución pueda ser vinculada a algo de diferente de sí misma y de superior; niega consecuentemente que puedan existir límites materiales a la revisión constitucional; afirma que también los límites que la constitución misma pone eventualmente a su misma modificación pueden ser removidos por la revisión de las normas constitucionales que los prevén; concibe las obligaciones consiguientes del derecho internacional como auto obligación, basándose en la constitución y por tanto, revocables con la modificación de las normas que son un fundamento de las mismas. Al contrario, la idea de una dimensión del derecho constitucional no formal, que asiste, entrando en relación con la constitución formal (una relación

por su naturaleza imposible de formalizar) es coherente con la visión compleja del derecho de dos caras, del cual se ha mencionado anteriormente. Si se admite que el derecho no es sólo voluntad formalizada en ley y que la ley es una parte y no todo, no hay dificultad para las jurisprudencias constitucionales a abrirse a la consideración de los elementos constitucionales materiales del constitucionalismo actual, no en contra, pero a través de las normas constitucionales de principio, las cuales tienen que ser interpretadas y aplicadas. Este tipo de normas, formuladas con el recurso de conceptos que, para valer, tienen que ser conceptualizados a través de concepciones, constituyendo el salvoconducto para la circulación de las experiencias constitucionales entre órdenes distintos y por su recepción en tribunales constitucionales.

En este cuadro se coloca la suspensión actual, cada vez más marcada, de la práctica y de la ciencia del derecho constitucional a “mirar más allá”. “Hoy, a diferencia del pasado, un constitucionalismo exclusivamente nacional se condenaría progresivamente a la impotencia y a la marginación de una ciencia que pierde progresivamente el control de la misma materia. La actitud abierta no es un lujo, un accesorio; es una necesidad vital. Los órganos de la justicia constitucional han venido construyendo un círculo de relaciones consolidadas y a veces a institucionalizadas en asociaciones, conferencias, intercambios de experiencias entre Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas y Altas autoridades de garantía constitucional. Desde hace tiempo se desarrolla una generación de constitucionalistas con un estilo de vida “cosmopolita”, que hacen de la comparación la esencia de sus búsquedas. Centros académicos de investigación de todo el mundo contribuyen eficazmente a un diálogo que, entre todos los que se desarrollan sobre los grandes temas del derecho público, son ciertamente entre los más fructíferos. Todo esto es una evidencia llena de sentido, por la facilidad de la comprensión recíproca, la espontaneidad de las discusiones y la muy frecuente concordancia de intenciones. Si bien existen en su origen relevantes distancias entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la constitución: *judicial review* o justicia constitucional; tradiciones de *common* o *civil law*; control abstracto o concreto, preventivo o subsecuente; tutela de los derechos constitucionales o control de las leyes, etcétera. El *Estado de derecho* no siempre es la misma cosa en cuanto *État de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. La noción de *Estado constitucional*, por consiguiente, no coincide en todas partes. La misma constitución no es una norma suprema en la misma medida, en donde cambian las relaciones entre Cortes y poderes legislativos. Son diferencias relevantes. Pero justo por eso se destacan las tendencias comunes que se hallan en el “juzgar en derecho constitucional”. El Estado constitucional, que deriva de las diversas nociones de Estado de derecho, parece convertirse en una perspectiva común.

V. Comparación y cooperación constitucional

Las tareas de la comparación jurídica actual se han enriquecido. En el Estado constitucional cerrado, se preguntaba qué sentido práctico pudiera tener la compara-

ción, mas allá del conocimiento de la experiencia humana en su riqueza, dado el axioma que las instituciones constitucionales eran reserva natural de la soberanía estatal. La respuesta podía variar. Podría tratarse de la *propia* identidad constitucional, a definir por diferencia o por analogía con respecto a *otras* distintas; o bien, de comparaciones en vista de eventuales traslados o imitaciones de instituciones o reglas de una a otra constitución. Ahora se trata de otra cosa, precisamente de la comparación cooperativa de las experiencias *particulares* en vista de un horizonte constitucional *común* en el que convivan e interactúen unidad y pluralidad.

Entre estas experiencias constitucionales *comunes*, ocupa un sitio relevante la jurisprudencial. Esta, a excepción de los casos de organizaciones internacionales, implica la asunción de una obligación, tiene valor no obligatorio pero persuasivo. Las jurisprudencias ajenas no son manantiales del derecho constitucional para las otras. Pero tampoco solicitan, para ser adoptadas, actos de soberanía constitucional estatal como recepciones a través de revisiones constitucionales. Pueden ser elementos del constitucionalismo actual que se difunden no a partir de un centro de producción jurídica formalmente habilitado, pero sí del interior de las constituciones nacionales, a través de la apertura que es implícita en sus disposiciones de principio. Las jurisprudencias constitucionales cooperativas, que atraen siempre la atención de los estudiosos y alimentan obstinadas discusiones, son una señal de nuestro tiempo.

En la actualidad, este intercambio de experiencias entre ordenamientos ha sido focalizado como problema de derecho constitucional general, en la forma de controversia acerca de la utilización y la cita por parte de las Cortes de materiales normativos y jurisprudenciales “externos”. Los dos polos de la discusión pueden representarse así: por un lado, el art. 39 (del *Bill of Rights*) de la constitución de la República del Sudáfrica de 1996, en el que se podía interpretar el catálogo de los derechos: las Cortes “deben tomar en consideración el derecho internacional y pueden tomar en consideración al derecho extranjero”; por otro lado, la contestación radical de esta práctica, con el fin de defender las características originarias de la constitución, en contra de las “mezclas bastardas” con experiencias no indígenas y contra el empañamiento del derecho constitucional en un genérico “constitucionalismo sin confines y sin carácter” (R. Poster). El rechazo de “mirar más allá” significa rechazar la prospectiva universal del constitucionalismo, en nombre de la identidad constitucional nacional. Los críticos de la tendencia a una “justicia constitucional cosmopolita” —un *meretricious practice* (siguiendo a Poster) que correspondería a un *concepto de naturaleza arrogante* (*sen. J. Sessions* en el *Confirm Hearing* sobre el nombramiento de *J. G. Roberts* a *Chief Justice* de los *U. S.*)— la sobrecargan de ideología, cuando la conectan a la idea de un derecho de carácter universal o a la idea de una “inminente ley moral”, y hablan de “vanguardismo moral”. Eso se nutriría de la idea de progreso jurídico que, a partir de las divisiones, tendería a la unificación de las sociedades en el nombre de los derechos humanos. En efecto, el terreno sobre el que naturalmente se ha desarrollado este debate es

en el de los derechos fundamentales; más bien, sobre los aspectos fundamentales de los derechos fundamentales: la pena de muerte, la edad y las condiciones psíquicas de los condenados, las modalidades también temporales de las ejecuciones capitales; los derechos de los homosexuales; las “acciones positivas” a favor de la participación política de las mujeres o contra discriminaciones raciales históricas en el acceso al trabajo y a la instrucción; la limitación de los derechos por motivos de seguridad nacional; la reglamentación del aborto y, en general, los problemas derivados por las aplicaciones técnicas de las ciencias biológicas a numerosos aspectos de la existencia humana; la libertad de conciencia con respecto a las religiones dominantes y a las políticas públicas respecto a escuelas y confesiones religiosas; los derechos de los individuos en las relaciones familiares y similares. Es a partir de problemas de esta naturaleza que la discusión ha iniciado, y es a este nivel que la comparación y la cooperación de las experiencias jurisprudenciales son deseadas o contrastadas.

La discusión ha asumido tonos encendidos sobre todo en los Estados Unidos. Ha suscitado sensación la referencia de parte de un juez de la Corte Suprema (*Juez Breyer, dissenting opinion en Knight v. Florida [1999]*), además de que al *Privy Council* británico y a la Corte Europea de los Derechos Humanos, a una decisión de la Corte Suprema de Zimbabwe que, después de haber consultada decisiones extranjeras, estableció que la ejecución de una sentencia capital a larga distancia al momento de la condena es una forma de tortura o un trato inhumano y degradante. La reacción al “naciente cosmopolitismo judicial” derivada de pronunciaciones primordiales de la Corte Suprema en 2003, a partir de *Lawrence v. Texas*, en el tema de sodomía, está bien representada por el nombre de una propuesta de ley (todavía sin aprobarse) al Congreso de los Estados Unidos en el año siguiente —*Constitution Restoration Act* (se entiende el término *restoration*- restauración)— con la cual se habría querido inhibir a los jueces de interpretar la constitución teniendo en consideración documentos jurídicos diferentes a los nacionales, comprendidas las decisiones de Cortes Constitucionales o Supremas de otros Estados o Tribunales internacionales de los derechos humanos. La atmósfera de instigación que acompaña estas discusiones ha llegado al extremo de la amenaza de *impeachment*, más allá de amenazas a la integridad física.

En realidad, no hay ninguna necesidad de llegar a estas exageraciones. Basta una actitud de modestia respecto a las experiencias de otros, en relación a nuestros mismos problemas. Basta no creer que estamos solos en nuestro camino y no presumir, como en cambio hacen los chauvinistas de la constitución, de ser los mejores. El presupuesto no es necesariamente el derecho natural ni la ilusión del progreso. Puede ser la prudencia del empirista que quiere aprender, además de su propia experiencia, de los éxitos y errores de los demás. Basta con reconocer que muchas normas fundamentales de la constitución aspiran a la universalidad, y que su interpretación, a primera vista, no es la interpretación de un contrato o de una medida administrativa, y tampoco de una ley mandada por voluntades políticas particulares y contingentes. La inter-

pretación constitucional es un acto de adhesión o ruptura con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte.

La importancia de las jurisprudencias nacionales de las jurisprudencias extranjeras o supranacionales no presupone en lo absoluto la degradación de las constituciones nacionales. Se habla no de un caballo de Troya para afirmar una “dictadura universalista de los derechos”, mas bien de un instrumento para entender nuestras propias constituciones nacionales, dándoles un sentido a través del contexto de fondo, en el que puedan asumir una significación precisa, en relación a un determinado momento histórico (*jueces Breyer y Stevens en Jay Printz v. United States [1977]*). La controversia busca la interpretación de la propia constitución con el auxilio de las demás, una controversia sobre el propio sentido histórico. Los ciudadanos de un ordenamiento de derecho constitucional abierto no son llamados a padecer “inclinaciones, entusiasmos o modas extranjeras” (*juez Scalia en Lawrence v. Texas [2003]*). El fin sigue siendo el de entender el propio derecho constitucional. Es como recurrir, para solucionar un problema difícil, a “un amigo sabio”, que nos hace pensar mejor, que despierta energías potenciales latentes, amplía las perspectivas y enriquece las argumentaciones, visualizando quizás de otro modo puntos de vista ignorados: “el derecho comparado me sirve como un espejo, me permite observarme y comprenderme mejor” (A. Barak). La circulación de las jurisprudencias no compromete la identidad propia. La comunicación de experiencias siempre es filtrada porque presupone *estándares* mínimos de homogeneidad y juicios de congruencia sobre textos y contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las Cortes nacionales. No se realiza ninguna disminución en su función.

Repensamos en la imagen del espejo. Ella nos habla de refracciones en un espacio en el que cada quien puede mirarse a sí mismo a través del otro. Nos dice que la comunicabilidad de las jurisprudencias coincide con la participación en una relación paritaria y excluye prejudiciales complejos constitucionales de superioridad (hoy, de los Estados Unidos de América con respecto de Zimbabwe; mañana —quién sabe— de Zimbabwe con respecto de los Estados Unidos de América). Quien nos dice también —y éste es el punto decisivo para la comprensión del Estado del derecho constitucional actual— que el verse a sí mismo a través del otro presupone que ambos se sientan parte de un mismo movimiento histórico. ¿Si no fuera así, si fueran extraños o, peor, adversarios o, peor todavía, enemigos, aún sea potencialmente, qué sentido tendría reflejarse? El presupuesto de la comparación en vista del aprendizaje recíproco, nos lleva necesariamente a una dimensión de meta-derecho constitucional, lo que hemos denominado el constitucionalismo de nuestro tiempo.

Resulta una equivocación cuando se critican los desarrollos cosmopolitas de la jurisprudencia constitucional, en nombre de un exceso de poder del derecho y los jueces: la “juristocracia” (R. Hirschl). Generalmente, las críticas de este género son motivadas con respeto a la autonomía de lo “político”, lo que, en nuestros días, signi-

fica espacios libres de decisión democrática. Esta exigencia, que tiene sus buenas razones, se soluciona en la crítica al activismo judicial, a la tendencia a usar extensivamente las normas constitucionales indeterminadas, etcétera. Pero aquí nada de esto se cuestiona. Se trata sólo del “sentido” que hay que dar a la actividad judicial. La perspectiva de un derecho constitucional abierto no es en lo absoluto, en línea de principio, más peligrosa que la discrecionalidad del legislador democrático, de la perspectiva contraria. Los abusos son igualmente posibles en uno y en otro caso. La perspectiva del constitucionalismo cosmopolita, tratando de encauzar el flujo de las interpretaciones en una perspectiva convergente, quisiera promover, si acaso, el anclaje a tendencias objetivas y sustraerlas del subjetivismo de la decisión del caso por caso.

VI. La última palabra

La idea de un derecho constitucional abierto presupone, si no la superación, al menos el aligerar su *imprinting*: la soberanía estatal. Soberanía del Estado y derecho constitucional sobreestatal o cosmopolita están en contradicción. Solamente el derecho internacional es el derecho que puede ir más allá del Estado, compatible con su soberanía. Este aspecto está claro, pero lo que no lo es tanto, es cuál será el destino de la soberanía y, sobre todo, si será un *destino común*. Hasta hace poco tiempo se hicieron afirmaciones como: “la época de la soberanía ha concluido definitivamente. Y con ella sale de escena definitivamente la versión ‘continental’ del estado: la histórica formación burocrático centralista de ejercicio del poder, se basó en el monopolio de la potestad de mando y dotada del dominio exclusivo e indiscutible sobre las competencias decisorias” (A. Bolaffi). De este Estado, Carl Schmitt ha recitado el epitafio con palabras que quisieron ser proféticas: “La época de lo estatal ya está llegando al final: sobre esto no tiene caso decir más. Con esa termina la superestructura entera de conceptos relativos al Estado, construida por una ciencia del derecho estatal e internacional eurocéntrica, en el curso de una labor que duro cuatro siglos conceptuales. El Estado como modelo de la unidad política, el Estado como titular del más extraordinario de todos los monopolios, es decir, el monopolio de la decisión política, esta radiante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental, está a punto de ser derrocado”. ¿Pero, no son estas convicciones quizás precipitadas? ¿No son estas afirmaciones quizás demasiado categóricas y genéricas?

Bajo ciertos aspectos, la soberanía estatal, sobre todo en sus aspectos externos, parece ser obvia y en términos simples y agresivos no deja lugar a dudas. La discusión sobre la posibilidad de apertura a las influencias externas pone en juego la soberanía de la constitución. Igualmente significativo, en el sentido de la fuerza en las relaciones internacionales, es el rechazo de algunas de las principales potencias de la tierra (Estados Unidos de América, Federación Rusa, República China, así como el Estado de Israel y muchos Estados árabes) de adherirse a la Convención de 1998 que instituye el

Tribunal Penal Internacional permanente, competente en caso de crímenes de guerra y de “actos de agresión”, además de los crímenes contra la humanidad y de genocidio. En fin, todavía más significativo, es la actitud hostil a cada propuesta de reforma en el sentido de la democratización (es decir de la igualdad del peso decisonal) relativamente a instituciones, organismos internacionales y organizaciones interestatales regionales, que tienen poderes políticos, económicos, ecológicos y militares.

Lo que probablemente tenemos próximo, no el fin de la soberanía, sino su concentración en manos de algunos Estados en contra de los demás, como siempre ha sucedido, pero hoy se manifiesta con mayor fuerza y mayor evidencia. Esto es, una desigualdad de las soberanías, una asimetría en las relaciones entre los Estados, no sólo de hecho sino reflejada también jurídicamente, una concentración de lo estatal frente a las interpretaciones en el sentido post-moderno o hasta “neo-medieval” del orden (o desorden) entre los pueblos, que llegan a parecer “visiones”, más que interpretaciones.

Si es verdad que el derecho constitucional cerrado y soberanía de los estados están juntos, como dos lados de la misma moneda, se entiende la manera en que el constitucionalismo global representa un desafío a los estados fuertes, es decir a los oligopolios de la soberanía, y sea en el interés de un reequilibrio a favor de los estados débiles. Se comprende así también que esta perspectiva esté destinada a ser patrocinada particularmente por la ciencia constitucional consciente de estos últimos. Entre constitucionalismo global y soberanía la comparación es abierta y nadie tiene la última palabra. Por los Estados-guía del mundo vale, si acaso, la propensión a ser exportadores del derecho constitucional, y erigirse como modelos a seguir, a influenciar pero no hacerse influenciar. La muy citada advertencia que Guido Calabresi dirige a la jurisprudencia de los Estados Unidos de América —“Otros países son nuestros descendientes constitucionales y el modo en que ellos han afrontado problemas análogos a los nuestros, podría ser mucho de ayuda para nosotros, cuando estamos frente a cuestiones constitucionales difíciles. Padres sabios que no dudan de aprender de sus hijos”— expresa una insatisfacción y una aspiración y, por lo tanto, una crítica hacia una tendencia imperialista en el derecho constitucional, en correspondencia a una sustancia política.

El empleo transnacional de las jurisprudencias constitucionales —ha escrito recientemente Alessandro Pizzorusso— no parece exento de graves peligros, pero no se puede negar que el fenómeno constituye motivo de compromiso para los juristas de nuestro tiempo, en vista de un retorno a la unidad del derecho. Nosotros no sabemos, porque nadie tiene títulos de profeta, qué pasará con esta tendencia y con las resistencias que encuentre. Sin embargo, en una situación dilemática, para que la labor de la ciencia y la jurisprudencia constitucional no proceda ciegamente y en la inconsciencia de sus fines, es necesario tomar una decisión y obrar consecuentemente. En cuanto movimiento de naturaleza cultural, el constitucionalismo de nuestro tiempo contempla a un “ordenamiento de los ordenamientos”. Su horizonte no es una constitución mundial política, sea cual sea de ello la causa eficiente: la fuerza que se impo-

ne o el acuerdo según el derecho internacional, es decir una constitución que sea fuente de validez de las Constituciones estatales. De esta manera no tiene que ver con el monismo internacionalista en el sentido kelseniano. Es la formación de un patrimonio común de principios constitucionales materiales, producidos en el concurso de las múltiples sedes donde se elabora derecho constitucional. Se podría hablar al respecto, de “federalismo de las constituciones”, una variante del proyecto cosmopolita kantiano, cuyos elementos formativos son no los Estados ni los pueblos representados por los Estados, sino los ordenamientos constitucionales que se expresan por los órganos que los interpretan. La perspectiva es, más que una unidad que importa, una convergencia que buscar.

En las palabras de Pizzorusso, encontramos la alusión a peligros. ¿Se puede temer a un gobierno mundial de los jueces? Este temor es una exageración, considerando que se trata siempre de convergencias interpretativas y no creativas de derecho. En otras palabras, los jueces que ejercen funciones constitucionales tienen como punto de referencia los textos normativos por cuyas interpretaciones y aplicación son instituidos. No se trata de desatarse de estos textos, sino de orientar con ello la interpretación en un sentido antes que en otro, según los márgenes que la interpretación en todo caso permite. ¿Se puede temer, luego, un peligro de imperialismo jurídico, a través de la preponderancia de jurisprudencias fuertes sobre jurisprudencias débiles que termine por homologar las segundas a las primeras? A esta duda puede contraponerse la observación que justo la matriz cultural, y no política, de la convergencia interpretativa que mezcla las cartas, abriendo la posibilidad a los políticamente pequeños de ser culturalmente grandes y viceversa. Si, por fin, las reservas conciernen a la exigencia de proteger de inoportunas asimilaciones y alineaciones, todavía vale la observación relativa a que, al fundamento, sigue habiendo siempre la interpretación de parte de las Cortes del *propio* texto constitucional. La defensa del pluralismo cultural, en las cuales se reúnen muchas experiencias constitucionales, es, por lo demás, parte integrante de la misma idea actual del constitucionalismo.

Si la decisión que se ha señalado es por un derecho constitucional abierto al constitucionalismo cosmopolita, la tarea de los jueces constitucionales representa el de ser, al mismo tiempo, órganos de su constitución y del “federalismo de las constituciones”, estando obligados a una doble fidelidad, hacia una y otra. Su responsabilidad está en promover un desarrollo, que sin traicionar su naturaleza de jueces, no de legisladores, concilien las diferencias de los elementos en la convergencia del movimiento. Esta es, en síntesis, la difícil vocación que los jueces constitucionales dignamente pueden asumir como suya en nuestro tiempo.

[Traducción del italiano por EDUARDO FERRER MAC-GREGOR*]

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

268 blanca

Análisis jurisprudencial

270 blanca