

## JUECES CONSTITUCIONALES\*

Gustavo ZAGREBELSKY\*\*

SUMARIO: I. *Mirar más allá*. II. *Pro y contra*. III. *¿Jurisprudencia creativa?* IV. *Constitución viviente*. V. *Justicia constitucional y democracia*. VI. *Una función republicana*. VII. *Tierra y territorio: ¿res publica universalis?*

Una recopilación de escritos de juristas de todo el mundo sobre la interpretación constitucional, aparecida recientemente, lleva la no muy común dedicatoria de “A los jueces constitucionales”. El compilador de la obra, Eduardo Ferrer MacGregor, alude a la “noble y trascendental función que desempeñan como fieles guardianes de las Constituciones democráticas de nuestro tiempo”.<sup>1</sup> No son éstas, palabras de circunstancia. Al contrario: nos ponen frente a un pensamiento general sobre el que vale la pena reflexionar. Los jueces constitucionales de todos los países pueden ser asociados en un homenaje colectivo sólo en cuanto efectivamente forman un *milieu* homogéneo, independiente de la nacionalidad. Los muchos y muy reconocidos representantes de las jurisdicciones constitucionales que con su presencia han querido honrar a la Corte Constitucional italiana en su quincuagésimo año de vida, confirman elocuentemente la existencia de esta comunión.

Habiéndome sido otorgado el privilegio de disponer de algunos minutos de su atención, me detendré sobre este aspecto del ser juez constitucional; más que para recapitular un pasado, para reflexionar sobre el futuro.

\* Discurso pronunciado frente al presidente de la república el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50o. aniversario de la Corte Constitucional italiana. Traducción de Miguel Carbonell.

\*\* Catedrático de derecho constitucional en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Turín y presidente de la Corte Constitucional italiana.

<sup>1</sup> Ferrer MacGregor, E., “Nota introductoria”, en varios autores, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. XX.

## I. MIRAR MÁS ALLÁ

Este ideal círculo judicial constitucional es una constatación. Sería imposible enumerar las relaciones que se han consolidado y con frecuencia institucionalizado, a través de asociaciones, conferencias e intercambios de experiencias, entre tribunales constitucionales, cortes supremas, altas autoridades de garantía constitucional y, más recientemente, cortes de justicia supra-nacionales que operan en materias propiamente constitucionales. Centros académicos de investigación comparada en todo el mundo, a su vez, contribuyen eficazmente a un diálogo que, entre todos los que se desarrollan sobre los grandes temas del derecho público, es ciertamente de los más fructíferos. Y este es un dato de hecho lleno de significado, sobre todo por la facilidad de la recíproca comprensión, la espontaneidad de las discusiones y la muy frecuente concordancia de los propósitos, por lo que puede hablarse, en un cierto nivel de abstracción, de una propensión ultra-nacional, si no es que universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional.

No obstante que, en el origen, existen relevantes distancias entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: *judicial review* o justicia constitucional; tradiciones de *common* o de *civil law*; control abstracto o concreto, preventivo o sucesivo; tutela de los derechos constitucionales o control de conformidad constitucional de las leyes. El *Estado de derecho* no es siempre la misma cosa que *Etat de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. El *Estado constitucional*, en consecuencia, no coincide en todas partes. La propia Constitución no es norma suprema en la misma medida, cuando cambian las relaciones entre cortes y poderes legislativos. Pero justamente por esto es que resaltan las convergencias prácticas que se encuentran en el “juzgar en derecho constitucional”.

En los últimos tiempos, sin embargo, este intercambio de experiencias ha sido enfocado como problema de derecho constitucional general, bajo la forma de controversia sobre la utilización y la citación por parte de las cortes de materiales normativos y jurisprudenciales “externos”. Los dos extremos en la discusión pueden representarse así: por un lado, tenemos el artículo 39 (del *Bill of rights*) de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, según el cual, al inter-

pretar el catálogo de los derechos, los tribunales “deben tomar en consideración el derecho internacional y pueden tomar en consideración el derecho extranjero”; en oposición, como radical contestación a esta práctica, se encuentra la idea de defender las características originales de la Constitución contra los “cruces bastardos” con experiencias no aborígenes y contra la ofuscación del derecho constitucional en un genérico constitucionalismo sin fronteras y caracteres. Ha llamado la atención la referencia por parte de un juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos en una opinión disidente,<sup>2</sup> además de la *Privy Council* y a la Corte Europea de Derechos Humanos, a una decisión de la Corte Suprema de Zimbabwe que, luego de haber consultado a su vez doctrina extranjera, había establecido que la ejecución de una sentencia capital a mucha distancia de la condena se puede considerar una forma de tortura, o un trato inhumano y degradante.<sup>3</sup>

El significado de la contestación, surgida como reacción al “naciente cosmopolitismo judicial” resultante de algunos basilares pronunciamientos de la Suprema Corte en el 2003, está bien representado por el título de una iniciativa de ley presentada ante el Congreso de los Estados Unidos un año después —*Constitution Restoration Act*— en la que se inhibe a los jueces de interpretar la Constitución, tomando en consideración documentos jurídicos distintos de los nacionales, incluyendo las decisiones de cortes constitucionales o supremas de otros Estados o de tribunales internacionales de derechos humanos. El rechazo de la comparación constitucional —comparación que en otros contextos, como el europeo por ejemplo, es considerada el “quinto método” de interpretación constitucional, junto a los cuatro de Savigny— se considera como una medida de defensa de la identidad constitucional nacional.<sup>4</sup>

Lo que está en juego en esta disputa es considerable. Más allá de la decisión, sin duda importante, de los medios para la interpretación constitucional, se advierte que la disputa se refiere directamente a la

<sup>2</sup> Juez Breyer, en *Knight versus Florida* de 1999.

<sup>3</sup> A esta postura “universalista”, el juez Thomas, a nombre de la Corte estadounidense, ha contrapuesto la tesis “aislacionista” al escribir que justamente la cita de jurisprudencia extranjera es la confirmación de la falta de fundamentación en el derecho constitucional nacional.

<sup>4</sup> Amann, D. M., “Raise the flag and let it talk: on the use of external norms in constitutional decision making”, *I-COIN*, 2004, pp. 597 y ss.

legitimidad de la participación de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales.

El terreno sobre el que más naturalmente se desarrolla la discusión es el de los derechos fundamentales; mejor dicho, sobre aspectos esenciales de los derechos fundamentales: la pena de muerte, la edad o el estado psíquico de los condenados, las modalidades incluso temporales de las ejecuciones; los derechos de los homosexuales; las “acciones afirmativas” en favor de la participación política de las mujeres o contra discriminaciones raciales históricas, por ejemplo en el acceso al trabajo y a la educación; la limitación de los derechos por motivos de seguridad nacional; la regulación del aborto y, en general, los problemas suscitados por las aplicaciones técnicas de las ciencias biológicas a numerosos aspectos de la existencia humana; la libertad de conciencia respecto a las religiones dominantes y a las políticas públicas en las relaciones entre escuelas y confesiones religiosas; los derechos de los individuos dentro de las relaciones familiares y así por el estilo. Es a partir de problemas como éstos que la discusión ha tomado altura y es en este nivel que la comparación de las experiencias jurisprudenciales es auspiciada o bien hostilizada.

Hasta ahora se puede constatar el surgimiento de un doble nivel de cuestiones constitucionales, según cómo sea concebido el alcance de los derechos en cuestión, universal o particular. La discusión acerca de la integración de las jurisprudencias se refiere al primero, mientras que el segundo queda circunscrito al ámbito de los ordenamientos constitucionales nacionales. La frontera entre uno y otro campo, sin embargo, no es fija y el cotejo comparatista podrá extenderse fácilmente también a otros sectores (economía, participación política y administrativa, defensa del medio ambiente) en los que se hagan valer derechos fundamentales que las jurisprudencias constitucionales, incluso sobre la senda de convenciones, declaraciones y documentos de matriz internacional, definan en relación a la persona humana como tal.

## II. PRO Y CONTRA

Los críticos de la tendencia hacia una “justicia constitucional cosmopolita” —una *meretricios practice* según la expresión de Richard A. Posner—<sup>5</sup> la sobrecargan de ideología, cuando evocan un *flirt* con la idea de un derecho natural universal o con la idea de una “amenazante ley moral” y hablan de “vanguardismo moral”. Según la doctrina del derecho natural —se razona así— existen principios que deben informar al derecho positivo; siendo universales, se les debe encontrar tanto en el propio como en los demás ordenamientos. El consenso, de esta forma, sería una certificación de legitimidad y de fundamentación de cada una de las decisiones. El vanguardismo moral, además, se nutriría de la idea de progreso jurídico que, a partir de las divisiones, tendería a la unificación de las sociedades en nombre de los derechos humanos.

En realidad, no hay ninguna necesidad de llegar a tanto. Incluso parece que esta exageración ideológica parece hecha a propósito para suscitar oposición. Basta una actitud de modestia al examinar las experiencias foráneas, respecto a nuestros propios problemas. Basta no creer que estamos solos en el propio camino y no presumir, como por el contrario 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 los propios, también de los errores y aciertos de los demás. Basta reconocer que las normas de la Constitución, por ejemplo en el tema de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos fundamentales, aspiran a la universalidad, y que su interpretación, incluso a primera vista, no es la interpretación de un contrato, de una decisión administrativa, y ni siquiera de una ley, emanada de voluntades políticas contingentes. La interpretación constitucional es un acto de adhesión o de ruptura respecto a tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las que las Constituciones particulares forman parte.

<sup>5</sup> “The Supreme Court, 2004 term. A political court”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 99.

La relevancia para las jurisprudencias nacionales de la jurisprudencia extranjera o supra-nacional no presupone por tanto la existencia de una preponderante dimensión de derecho supra-constitucional. Estamos hablando no de un caballo de Troya para afirmar la dictadura universal de los derechos, sino de un instrumento para entender nuestras propias constituciones nacionales, a través del cuadro de fondo que les da un preciso significado en un determinado momento histórico.<sup>6</sup> Los ciudadanos de un ordenamiento no están llamados a sufrir “inclinaciones, entusiasmos o modas extranjeras”.<sup>7</sup> El fin es principalmente de derecho interno. Es como recurrir, para resolver un problema difícil, a “un amigo con gran experiencia”, que nos hace pensar mejor, desvela energías potenciales latentes, extiende la perspectiva y enriquece las argumentaciones, poniendo bajo la luz puntos de vista quizá de otro modo ignorados: “el derecho comparado me sirve como un espejo: me permite observarme y comprenderme mejor”.<sup>8</sup>

La circulación de las jurisprudencias no compromete por tanto la identidad de la propia. La comunicación de experiencias está siempre filtrada porque presupone *standards* mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las cortes nacionales. No determinan ninguna disminución de su función soberana.

Detengámonos en la imagen del espejo. Ella nos habla de reflejarnos en un espacio en el que cada uno 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.<sup>9</sup>

La incomunicabilidad, por el contrario, equivale a la rotura del círculo ideal de intérpretes constitucionales del que hemos tomado el punto de inicio. Las cortes de justicia tienen, por así decirlo, raíces que se asientan en condiciones político-constitucionales nacionales pe-

<sup>6</sup> *Dissent* de los jueces Breyer y Stevens en *Jay Printz versus United States* de 1997.

<sup>7</sup> Como dice, por el contrario, la opinión disidente del juez Scalia en *Lawrence versus Texas* de 2003.

<sup>8</sup> Palabras inéditas de Barak, Aharon, *Comparative law, originalism and the role of a judge in a democracy: a reply to justice Scalia*, Fullbright Convention del 29 de enero de 2006.

<sup>9</sup> Actualmente, de los Estados Unidos respecto a Zimbawde; mañana —quién puede saberlo— de Zimbawde respecto a los Estados Unidos.

ro tienen la cabeza dirigida a principios de alcance universal. Cerrar-se a sí mismas significa solamente una cosa: predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales.

### III. ¿JURISPRUDENCIA CREATIVA?

La impermeabilidad de las jurisprudencias es también defendida con argumentos que se refieren a la legitimidad de la justicia constitucional, la separación de poderes y la naturaleza de la interpretación constitucional.

La comunicación entre jurisprudencias presupone la existencia, en la interpretación, de un margen de elasticidad, es decir de discrecionalidad. Si faltara, todo el discurso anterior sería echado por la borda. Admitiendo que existan buenas razones a favor del diálogo entre las jurisprudencias, si las decisiones de los tribunales estuvieran rígidamente vinculadas al cuadro interno y sin márgenes de apreciación, esas buenas razones caerían sobre terreno estéril.

La discusión, en los años pasados, ha sido mantenida viva por el llamado *originalismo*, la teoría de la interpretación constitucional vinculada al significado del texto, al momento de su hechura (*textualismo*) y según la intención de los fundadores (*intencionalismo*). Su bestia negra es la *Constitución viviente*, sensible a las exigencias constitucionales del tiempo que cambia.

Los argumentos contra la “Constitución viviente” se centran en los peligros de la jurisprudencia creativa, hecha posible por la interpretación evolutiva. Separarse de los orígenes —se dice— significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politización; la politización es incompatible con el carácter judicial de la justicia constitucional y ofende la separación de poderes haciendo daño al legislativo; la ofensa a la separación de poderes, a su vez, mina la legitimidad de la justicia constitucional. No sólo para mantener la separación de poderes; no sólo para preservar el carácter judicial de la justicia constitucional, sino también para salvaguardar las razones de su legitimidad, es necesario rechazar la doctrina de la Constitución viviente, aunque se haya impuesto con la fuerza de los hechos en la práctica de las cortes.

La cuestión, no nueva, incluso antigua, es de aquellas determinantes bajo muchos aspectos. Por algún tiempo, puede permanecer alejargada y se puede suponer que la justicia constitucional haya echado raíces y haya encontrado su lugar definitivo en la arquitectura constitucional del Estado democrático contemporáneo. No es así. Su naturaleza marcadamente super-estructural, expresión de exigencias que se separan del sentir popular inmediato y de la interpretación que de éste hacen los órganos políticos, expone siempre a las cortes a la contestación sobre la legitimidad de sus pronunciamientos, de su composición y, en caso de agudo contraste, incluso de su existencia.

¿Pero se pueden combatir los pretendidos excesos discrecionales cristalizando al mismo tiempo la interpretación constitucional? No, no se puede. La discrecionalidad es un dato irremontable. La mejor prueba está en los proyectos de reforma que, como el discutido en Italia en estos últimos años, intentan redefinir el papel de la Corte basándose sobre esta lógica: estamos en contra de la discrecionalidad pero, ya que no la podemos eliminar, entonces al menos que se oriente según las expectativas políticas, modificando con este objetivo sus equilibrios internos. De este modo, sin embargo, se refuerza el defecto, golpeando a la justicia constitucional en su punto esencial, la autonomía de la política. De esta manera podemos ver que la alternativa realista no es entre Constitución fija o cristalizada y Constitución viviente, sino entre cortes autónomas y cortes alineadas.

#### IV. CONSTITUCIÓN VIVIENTE

La Constitución viviente es la experiencia cotidiana de las cortes. En la práctica, posiciones originalistas son en efecto sostenidas (por ejemplo, a través de la remisión a los “trabajos preparatorios”), pero esto es solamente una retórica argumentativa entre otras, para sostener esta o aquella interpretación de la Constitución, conforme a la expectativa no del mundo que fue, sino del mundo de hoy, según la visión del intérprete. Aquí no interesa la coloración político-judicial. Como regla general, la Constitución viviente gusta más a quien trabaja para la extensión de los derechos y menos a quien opera en dirección opuesta, y lo contrario vale para la Constitución originaria. Pero son afirmaciones relativas. Los tiempos pueden cambiar y la

re-interpretación puede ser invocada para limitar derechos, y viceversa el significado originario puede ser útil a quien resiste el intento de limitación (pensemos en la actitud de las cortes contra la legislación anti-terrorismo). En suma, la dirección no está de hecho asegurada.<sup>10</sup> No es esta, por tanto, una cuestión de política judicial y, menos todavía, de derecha e izquierda. Es un tema de teoría de la interpretación y de la Constitución.

En Europa, la idea del “significado original” suena como una ingenuidad, de cuando Justiniano, sin éxito, intentó proteger su Código de juez y juristas. Y es paradójico que la interpretación petrificada haya sido honrada justamente en un país de *common law*, donde a los derechos se les atribuye un fundamento natural autónomo, como sucede en los Estados Unidos.<sup>11</sup> ¿Cómo puede la ciencia constitucional, ciencia normativa de la sociedad, reducirse a una historiografía de las intenciones o a una filología histórica de los textos constitucionales?

Pero sobre todo, ¿existe y existe siempre una y una sola intención (si fueran dos, el tablero caería)? Y si existiera ¿cómo se podría reconstruir? ¿Las palabras que utilizamos, o que nuestros predecesores han utilizado, poseen un significado y solamente uno? La idea de ir hacia atrás en el tiempo para establecer significados ciertos de los propósitos de los hombres o de sus palabras, no haría otra cosa más que llevar hacia atrás en el tiempo nuestras dudas y nuestros *actuales* contrastes, atribuyéndolos no a nosotros sino a nuestros predecesores. No favorecería de hecho la estabilidad y la certeza del derecho.

Por otro lado, una característica no accidental de la Constitución es su naturaleza de principio. Los principios son normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro. Si la Constitución italiana<sup>12</sup> prohíbe las penas contrarias al “sentido de humanidad”; si la Constitución estadounidense<sup>13</sup> prohíbe las penas “inusitadas y crueles”, y no han sido prohibidos, analíticamente, los azotes, la tortura, la picota, etcétera, es porque estaba en la intención de los constituyentes que esas formulaciones vivieran en el futuro. Los principios contienen

<sup>10</sup> Dershowitz, A., *Rights from wrongs*, Turín, Codice ed., 2005, pp. XIX y 221 y ss.

<sup>11</sup> Rosenfeld, M., “Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts”, *I-COQ*, 2004, pp. 656 y ss.

<sup>12</sup> Artículo 27, párrafo 3.

<sup>13</sup> Enmienda VIII.

“conceptos” (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etcétera) que (según la distinción de R. Dworkin) viven a través de sus “concepciones”, cambiantes en el tiempo. Por tanto, se puede decir fundadamente que la “Constitución viviente”, es decir la apertura a la evolución de la cultura jurídica, es, justamente, lo que encontramos en la intención de los padres constituyentes, cuando se expresan por medio de normas de principio. “En general, existen fórmulas constitucionales que encuentran su significado directamente en los valores que emergen de la civilización de una sociedad. La concepción de la dignidad humana que va evolucionando no está ciertamente del todo aislada ni en todo y por todo directamente ligada con los valores prevalentes en otros países”.<sup>14</sup>

La propensión al futuro es la esencia de la Constitución y la naturaleza particular de sus normas son el mejor testimonio. Quien, en nombre de los orígenes, esto es de la fidelidad a una “Constitución inerte”, entiende que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos interrogantes, sino solamente a través de reformas, con el objetivo de que se garanticen de esa manera la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la Constitución.

Una Constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana. “*The earth belongs to the living*” (“la tierra pertenece a los vivos”) afirmaba Thomas Jefferson, y la revolución francesa proclamó que “una generación no tiene el derecho de sujetar a sus leyes a las generaciones futuras, y toda herencia en las funciones constitucionales es absurda y tiránica”. Se querían Constituciones de vida breve —34 años según Jefferson; 20 para los revolucionarios en Francia— de manera que se permitiera a cada generación “re-constitucionalizarse” por medio de desgarros, a golpe de tambor. Las cosas no han sido así. La Constitución no se cambia como una ley cualquiera, ni prescribe en una fecha determinada. Entre la generación constituyente y las sucesivas se instituye una relación

<sup>14</sup> Así se expresa la *opinión disidente* de la juez O'Connor en *Roper versus Simmons*.

como la que existe entre padres (los “padres fundadores”) y los hijos sucesores. A cada generación de herederos le corresponde “mejorar y perpetuar”, no echar al viento el legado, el legado recibido.<sup>15</sup> La ley de la buena vida de las Constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la reforma es un instrumento excepcional.

El objetivo de la jurisprudencia y de la reforma es concurrente. Las líneas de mutuo respeto son elásticas, como consecuencia de la discrecionalidad en que, con distinta medida, se mueven a la una y la otra. Por eso pueden entrar en colisión, y donde los procedimientos de reforma, con los cuales el legislador podría contener la expansión de la discrecionalidad judicial, son particularmente gravosos, el riesgo que corren las cortes es el de convertirse en una fuente incontrolada y de ser así rechazadas por la comunidad en la que operan.<sup>16</sup>

## V. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Estamos de nuevo en el tema de la justicia y la política; o mejor, ya que los poderes políticos actualmente siempre se refieren a la democracia, podemos decir que estamos en el tema de la justicia constitucional y la democracia: un tema de intensidad variable, según los diversos contextos históricos y jurídicos que los jueces advierten cotidianamente, en su trabajo, como crucial en el equilibrio de poderes. Saben bien que la acusación de actuar como legisladores, esto es, políticamente, en vez de cómo jueces, es la más grave que pueda ser dirigida en su contra. Mucho se ha dicho al respecto, pero siempre se vuelve al punto de partida.

Se ha pensado que la clave para una aclaración pueda encontrarse en la distinción razón-pasión. Las cortes serían —mejor: deberían ser— “la aristocracia del saber”, llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar “un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una ‘isla de razón’

<sup>15</sup> Véase *El Federalista*, núms. 14 y 49; Sieyès, E., *Opinion sur le jurie constitutionnaire*, París, 1795.

<sup>16</sup> Rosenfeld, M., *op. cit.*, nota 11, pp. 652 y ss.

en el caos de las opiniones”.<sup>17</sup> Se ha dicho también que las cortes serían “vanguardias morales”, algo similar a “Moisés seculares”, cuya vocación sería la de guiar al pueblo por el desierto y conducirlo a la tierra prometida de la vida constitucional.<sup>18</sup> Escuchando proposiciones como éstas, los jueces constitucionales se retraen perplejos, percibiendo quizá un cierto sarcasmo. Ellos saben bien cuanta pasión, no inferior a la de una deliberación parlamentaria, entra en sus discusiones y no son tan desprevenidos como para desprestigiar la racionalidad y moralidad que existe en los procedimientos parlamentarios. Pero, sobre todo, se dan cuenta de que esta legitimación por excelencia, una legitimación teológica,<sup>19</sup> trastocaría toda distinción. Las cortes, se ha dicho con ironía, podrían aspirar a ser super-legisladores simplemente porque “son super” (están por encima).<sup>20</sup> Aparte de otras cuestiones, este modo de pensar no es el de la distinción de los poderes, sino el de la indistinción y el de la prepotencia de uno sobre el otro.

Una perspectiva en cierto sentido opuesta es la de la justicia constitucional como función “modesta”, no “agresiva”, que reconoce una suerte de primacía al legislador democrático, como intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad e insiste sobre el necesario *self-restraint* de las cortes y sobre la necesaria ética de las consecuencias. Cuando están en juego dos apreciaciones discrecionales, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones. Existen materias en las que la sensibilidad social está sobre-excitada y las consecuencias podrían contradecir las intenciones. Por ejemplo, una corte que, en nombre de la paz religiosa, impusiera indiscriminadamente en todo lugar público la remoción de cualquier símbolo religioso, podría generar reacciones y conflictos locales: una intención pacificadora se convertiría en un

<sup>17</sup> Modugno, F., *L'invalidità della legge*, Milán, Giuffrè, 1970, vol. I, p. XI; también Hart, H. M. Jr., “The Supreme Court, 1958 term-foreword: the time chart of the justices”, *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959-1960, pp. 84 y ss.

<sup>18</sup> Bickel, A. M., “The Supreme Court, 1960 term-foreword: the passive virtues”, *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961-1962, pp. 41 y ss.

<sup>19</sup> Arnold, T., “Professor Hart’s theology”, *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959-1960, pp. 1298 y ss.

<sup>20</sup> Posner, R. A., *op. cit.*, nota 5, p. 60.

fomento a la intolerancia. En todo caso, la invocación a la modestia se traduce en una indicación de este tipo a las cortes: para ser aceptadas en democracia, sobre todo en los casos altamente controvertidos, intenten que su presencia sea lo menos advertida posible. Esto delinea una posición gregaria y no contribuye mínimamente a la exigencia de dar a la justicia constitucional un propio y autónomo fundamento respecto a la política. Quizá, se debe cambiar de horizonte de referencia.

## VI. UNA FUNCIÓN REPUBLICANA

La Constitución italiana define a Italia como una *república democrática*. Muchos países entre los aquí representados tienen Constituciones que contienen la misma expresión. La justicia constitucional es una función de la república, no de la democracia. Las cortes son huéspedes desagradables en casa de otros, la democracia; pero son dueños de la casa cuando están en la suya, la república.

Según la concepción de los siglos XVII y XVIII, república indica una forma de gobierno opuesta a la monarquía. Según la concepción originaria, por el contrario, el término tiene un significado más profundo y comprensivo. Refirámonos a la definición clásica. En el *Somnum Scipionis*<sup>21</sup> leemos: “La República —dijo el Africano— es lo que pertenece al pueblo. Pero no es pueblo cualquier multitud de hombres reunidos del modo que sea, sino una sociedad organizada y fundada sobre la base del legítimo consenso y sobre la utilidad común (*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis comunione sociatus*)”. *Res populi, iuris consensus, utilitatis communio*: tres expresiones sobre las que se han vertido ríos de tinta. Un punto claro es que la *res populi* es la *res totius populi*. Y, si es cosa de todo el pueblo, no puede ser de alguna de sus partes, ni siquiera de la mayoría. Además, la *utilitatis communio* implica una cierta despersonalización de las cuestiones políticas. El espíritu republicano, en el sentido originario, se opone a toda visión personal del poder y es independiente del tipo de gobierno. Puede existir una república cuando el gobierno (el *consilium*) pertenece a un rey, a un

<sup>21</sup> Cicerón, M. T., *De Republica*, I, XXV.

grupo de elegidos, a todos los ciudadanos.<sup>22</sup> Lo que importa es que el poder no sea ejercido en el interés particular de quien lo detenta. De ahí que no es extraño que un régimen monárquico pueda llamarse republicano,<sup>23</sup> cuando el monarca, a diferencia del déspota, gobierna para el pueblo entero. República es un término genérico que indica una concepción de la vida colectiva; la democracia es una especificación que se refiere a la concepción del gobierno.

Este modo de entender la *res publica* es coherente, incluso quizá coincide, con la idea de *politéia*, expresión que, como la primera, no se presta a una traducción precisa en una sola palabra, comprensiva de todos sus significados. Para lo que aquí interesa, equivale a *Constitución* según la definición que, muchos siglos después, dio el juez Robert Jackson de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el famoso caso del *compulsory flag salute*:<sup>24</sup>

El auténtico propósito de una (Constitución)... es el de sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, colocarlas fuera del alcance de mayorías y funcionarios, sancionarlas como principios legales aplicables por parte de los tribunales. El derecho de cada uno a la vida, la libertad, la propiedad, la libertad de expresión, la libertad de imprenta, la libertad de culto y de reunión y los demás derechos fundamentales *no puede ser sometido al voto; no depende del éxito de alguna votación.*

Una vez fijado este principio: la justicia constitucional es función de la república, no de la democracia, debería abrirse el camino para una nítida distinción de principio respecto a la legislación, función de la democracia. La legislación es función de aquello sobre lo que “se vota”, mientras que la justicia constitucional es función de aquello sobre lo que “no se vota”, porque es *res publica*.

Se dirá: muy bien, pero también se vota sobre la Constitución. Incluso: son justamente los jueces constitucionales los que, para defender aquello sobre lo que no se vota, deciden votando. Hay en esto una cierta paradoja, o mejor dicho una contradicción. ¿La defensa de

<sup>22</sup> *Ibidem*, XXVI.

<sup>23</sup> Por ejemplo, Althusius, J., *Politica methodice digesta* —1614—, IX, 1-3.

<sup>24</sup> Saludo obligatorio a la bandera, *West Virginia Board of Education versus Barnette*, de 1943.

lo que es común puede ser dejado, en última instancia, al voto de una mayoría que aplasta a una minoría? Esta contradicción es advertida por los jueces constitucionales todas las veces en las que se toma una decisión propiamente constitucional —una decisión, intento decir, en la que está en juego no la aplicación de una norma constitucional sino la determinación de su contenido—. En estos casos, es natural buscar la solución más compartida. La unanimidad sería el *optimum*. Si no se puede alcanzar, se trabaja al menos para lograr el máximo consenso posible. El recurso al voto de mayoría es sólo el remedio extremo a un defecto: la incapacidad para crear consenso sobre los argumentos propios y la indisponibilidad a dejarse convencer por los demás. Las decisiones de cinco contra cuatro o, en nuestra Corte Constitucional, de ocho contra siete dejan siempre un sentimiento de insatisfacción, como el que se tiene frente a un deber no cumplido a plenitud. Con este tipo de decisiones las cortes constitucionales se exponen a la crítica política, o sea a la de haber actuado arbitrariamente como pequeños parlamentos, donde el conflicto mayoría-minoría es fisiológico. En las cortes debe valer el principio deliberativo; en los parlamentos puede prevalecer el espíritu de parte. Admitamos: no siempre entre nosotros la actitud deliberativa se puede afirmar sobre la voluntad y a veces se cede a la intención de imponer una voluntad. Pero cuando esto sucede, es una derrota para la justicia constitucional, un *vulnus* a su legitimidad.

La actitud deliberativa no elimina de hecho la discrecionalidad en el juzgar sobre derecho constitucional. Pero cambia su naturaleza y fines: la discrecionalidad como expresión de la voluntad que se impone, propia de los órganos políticos, es una cosa distinta a la discrecionalidad “republicana”, dirigida al consenso sobre la Constitución. Y esto constituye el dato que distingue los dos ámbitos.

## VII. TIERRA Y TERRITORIO: ¿RES PUBLICA UNIVERSALIS?

La fundamentación republicana de la justicia constitucional nos conduce a la cuestión de la que partimos: la mutua relevancia de las jurisprudencias constitucionales.

El mundo jurídico contemporáneo, en muchos campos, va franqueando vistosamente el territorio, el espacio circundado por fronte-

ras a las que el derecho público por décadas a asignado la función de especificar las colectividades humanas, sus gobiernos y sus sistemas jurídicos. Este elemento constitutivo del Estado ha representado por siglos la dimensión en la que los hechos sociales cobraban sentido y valor y, en consecuencia, la dimensión de sus repercusiones jurídicas y constitucionales. Lo que sucedía fuera o era indiferente o, si no lo era, intervenía el derecho internacional. Este superaba las fronteras pero, siendo su matriz siempre estatal-territorial, al superarlas, se rebatía el valor de su presupuesto. La *res publica* estaba en estas fronteras. Hoy no es más así. Las dimensiones se han extendido. La tierra pertenece a los vivos o, quizá, los vivos pertenecen a la tierra; tierra, no más territorio.

La soberanía de un tiempo ha sido cambiada por la interdependencia o la dependencia. El control de muchos factores condicionantes de nuestra existencia no depende más de nosotros. Actos y sucesos de naturaleza política, económica, tecnológica en otras partes del mundo condicionan directamente el patrimonio de los bienes constitucionales nacionales. No obstante, están sometidos a la justicia constitucional del país donde se verifican. Por otro lado, nuestros principios constitucionales, en lo esencial, tienen alcance universal: la dignidad, la igualdad y los derechos humanos, la paz, la justicia, etcétera. Su violación se produce, sobre todo desde un punto de vista moral, en cualquier lugar de la tierra en el que se genere. Sin embargo, cae bajo la competencia de las cortes nacionales. Existe una evidente incongruencia de proporciones.

Es natural, cuando los bienes constitucionales se vuelven interdependientes e indivisibles, que las justicias constitucionales de todo nivel aspiren a integrarse, si no en una forma institucional supra-nacional cosmopolita, que no está a la vista y quizá nunca lo estará, al menos en contextos deliberativos comunicantes. La interacción no podrá dejar de llevar, antes o después, a una cierta convergencia de resultados.

La apertura de las jurisprudencias a recíprocos enlaces no es por tanto una moda, una pretensión de profesores, una arbitrariedad respecto a las respectivas constituciones nacionales. Es una exigencia radicada en la vocación contemporánea de la justicia constitucional. Es parte del proceso de muchas facetas de “universalización del dere-

cho”, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico.<sup>25</sup> La pequeña pregunta inicial, si es lícito que las cortes citen jurisprudencia de otras, muestra así sus no tan pequeñas implicaciones.

Nosotros no podemos sin embargo eludir las dificultades. Siempre que se enfrentan contraposiciones radicales y las cuestiones constitucionales se transforman en conflictos de civilización o *Kulturkampf*<sup>26</sup> la justicia constitucional, en vez de abrirse y tomar el campo, se retrae sobre sí misma.

Es conocida, frente a las contraposiciones, la propensión de las cortes a la “tercera opción”, para no aplastar ninguna de las dos posiciones sobre el terreno. Esto no representa el oportunista intento de caminar sobre el filo de la navaja para no descontentar a ninguno; es por el contrario la vía, no exenta de justificación, para mantener abiertos los vínculos entre las partes, remover las asperezas y preservar abierto y fértil el terreno del enfrentamiento, lo que, a fin de cuentas, representa el objetivo integrativo esencial de toda Constitución pluralista. Pero en contextos de grandes tensiones políticas y culturales que no dejan otra posibilidad más que decantarse con una o con la otra parte, el poder de las cortes para certificar la legitimidad y la ilegitimidad como última instancia, se arriesga a ser por sí mismo factor de otras tensiones y de ulteriores divisiones. Por esto, el dualismo radical de las posiciones, que en ciertos momentos parece amenazarnos, es enemigo de la Constitución y de la justicia constitucional; amigo es el pluralismo de los equilibrios dinámicos, que se nutre de moderación, reconocimiento, respeto y diálogo recíprocos: garantizarlos constituye el objetivo más profundo de los tribunales constitucionales en cualquier parte del mundo. Este es el espíritu de la justicia constitucional y de sus jueces. Y esta es también la razón por la cual no es retórica vacía considerarlos miembros de esa ideal sociedad republicana a la cual alude la dedicatoria que he recordado, iniciando estas consideraciones.

<sup>25</sup> Cassese, S., *Universalità del diritto*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2005.

<sup>26</sup> Rosenfeld, M., *op. cit.*, nota 11, p. 664, reenviando a la *opinion* de A. Scalia en *Romer versus Evans* de 1996.