

Justicia Constitucional

Revista de Jurisprudencia
y Doctrina

Año II, N.º 3, enero - junio, Lima, 2006

Publicación semestral

Director:

César Landa

Secretario:

Jorge León

Comité de

Redacción:

Elena Alvites

Claudia Del Pozo

Pedro Grández

Luis Huerta

Betzabé Marciani

Mijail Mendoza

Victorhugo Montoya

Roger Rodríguez

Daniel Soria

Arelí Valencia



Correspondencia a:
Calle Salaverry 187, Lima 18
palestra@palestraeditores.com

Justicia Constitucional
Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año II, N.º 3, enero - junio, 2006

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright 2006 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

DIAGRAMADOR: SERGIO TAMAYO

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert N.º 2005-6734

ISSN: 9771991167003

N.º de registro del Proyecto Editorial: 31501220600808

Tiraje: 1000 ejemplares



Motivo de Revista:

Motivo mágico religioso Recuay. Combinación de aves con signos escalonados alusivos a la tierra.

Motivo de Carátula:

Inspirada en la línea de Nazca «El Colibrí», por IVÁN ALEMÁN RÍOS



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II, N.º 3, enero - junio, Lima, 2006

Documentos Constitucionales

- Discurso del profesor Gustavo Zagrebelsky, con ocasión del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana.

DISCURSO DEL PROFESOR GUSTAVO ZAGREBELSKY,
CON OCASIÓN DEL 50 ANIVERSARIO DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA
PRESIDENTE EMÉRITO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL*

Campidoglio – Sala Giulio Cesare

22 abril 2006

Señor Presidente de la República:

Una colección de escritos de juristas de todo el mundo sobre la interpretación constitucional, aparecida recientemente, lleva la inusual dedicatoria «A los jueces constitucionales». El coordinador de la obra, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, alude a la «noble y trascendental función que ellos cumplen, como guardianes fieles de las Constituciones democráticas de nuestro tiempo» (E. FERRER MAC-GREGOR, *Nota Introductoria* a A.A. V.V. *Interpretación constitucional*, Editorial Porrúa-Univ. Nacional Autónoma de México, México 2005, p. XX). No son éstas, palabras de circunstancia. Al contrario: nos sitúan de frente a un pensamiento general sobre el cual vale la pena reflexionar. Los jueces constitucionales de todos los Países pueden ser asociados en un homenaje colectivo sólo en cuanto ellos formen efectivamente un *milieu* homogéneo, independiente de las nacionalidades. Los tantos y tan autorizados representantes de la Corte Constitucional italiana en su Quincuagésimo año de vida, confirman elocuentemente la existencia de esta comunión.

Habiéndoseme concedido el privilegio de disponer durante algunos minutos de su atención, es sobre este aspecto del ser jueces constitucionales en el que pretendo detenerme; más que para resumir un pasado, para reflexionar sobre el futuro.

(*Mirar más allá*) Este ideal círculo judicial constitucional es un hecho. Sería imposible enumerar las relaciones que se han venido a consolidar y frecuentemente a institucionalizar, en asociaciones, conferencias e intercam-

* Agradecemos al profesor Gustavo Zagrebelsky por su gentil autorización para la publicación del presente discurso en esta Revista.

bios de experiencias, entre Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas, Altas Autoridades de garantía constitucional y, más recientemente, Cortes de Justicia supranacionales que intervienen 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 de derecho público, está ciertamente entre los más fructíferos. De hecho, éste es un dato lleno de significado, sobretodo porque facilita la recíproca comprensión, la espontaneidad de las discusiones y el frecuente acuerdo de intenciones, de donde puede hablarse, en un cierto nivel de abstracción, de una propensión ultranacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional.

A pesar de que, en su origen, existen distancias relevantes 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 posterior; tutela de los derechos constitucionales o control de conformidad constitucional de las leyes. El *Estado de derecho* no es siempre el mismo en cuanto *État de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. El *Estado Constitucional*, en consecuencia, no coincide en todas partes. La misma Constitución no es norma suprema en la misma medida, donde mutan las relaciones entre Cortes y poderes legislativos. Hay diferencias relevantes. Pero justo por ello resaltan las convergencias prácticas que se encuentran en el «juzgar en materia de derecho constitucional».

En los últimos tiempos, sin embargo, este intercambio de experiencias ha sido enfocado como un problema de derecho constitucional general, en forma de controversia sobre la utilización y la citación por parte de las Cortes de materiales normativos y jurisprudenciales «externos». Los dos polos de la discusión pueden representarse así: de un lado, está el art. 39 (del *Bill of Rights*) de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, según el cual, al interpretar el catálogo de los derechos las Cortes «deben tomar en consideración del Derecho internacional y pueden tomar en consideración el derecho extranjero»; en el extremo opuesto, está la radical contestación a esta práctica, que tiene la impronta de la defensa de los caracteres originales de la Constitución, contra los «incroci bastardi» con experiencias no vernáculas y contra el oscurecimiento del derecho constitucional en un genérico constitucionalismo sin fronteras y sin carácter. Ha suscitado indignación la referencia en un voto particular de un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos (del juez Breyer, en *Knight v. Florida* [1999], al *Privy Council*, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, además, a una decisión de la Corte Suprema de Zimbabwe que, tras haber consultado a su vez otras decisiones extranjeras, había establecido que la ejecución de una sentencia de pena de muerte mucho tiempo después de la condena debe considerarse una

forma de tortura, o un tratamiento inhumano o degradante (a esta posición «universalista», el juez Thomas, por la Corte, contrapuso la tesis «aislacionista» escribiendo que justo la citación de la jurisprudencia extranjera es la confirmación de su falta de fundamento en el derecho constitucional nacional).

El significado de la contestación, nacida como reacción al «nascente cosmopolitismo giudiziario» resultante de algunos pronunciamientos basilares de la Corte Suprema en el 2003, está bien representado en el título de un proyecto de ley presentado al Congreso de los Estados Unidos el año siguiente –*Constitution Restoration Act*–, donde se prohíbe a los jueces interpretar la Constitución tomando en consideración documentos jurídicos distintos de los nacionales, incluyendo las decisiones de las Cortes constitucionales o supremas de otros Estados o de Tribunales internacionales de los derechos humanos. El rechazo de la comparación constitucional –comparación que, en otros contextos como por ejemplo el europeo, es considerada el «quinto método» de la interpretación constitucional, junto a los cuatro de SAVIGNY– viene así considerado como una medida de defensa de la identidad constitucional nacional (D. M. AMANN, «*Raise the Flag and let it Talk*»: *On the Use of External Norms in Constitutional Decision Making*, en I-CON, 2004, pp. 597 y ss.)

Lo que está en juego tras la confrontación tiene gran trascendencia. Más allá de la cuestión, también importante, de los medio de la interpretación constitucional, se advierte que ésta concierne directamente a la legitimidad de la participación de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de prospectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales.

El terreno sobre el cual se plantea más naturalmente la discusión es el de los derechos fundamentales; mejor aún, sobre los aspectos fundamentales de los derechos fundamentales: la pena de muerte, la edad y el estado psíquico de los condenados, las modalidades incluso temporales de las ejecuciones; los derechos de los homosexuales; las «acciones positivas» en favor de la participación política de las mujeres o contra históricas discriminaciones raciales, por ejemplo en el acceso al trabajo y a la educación; la limitación de los derechos por motivos de seguridad nacional; la reglamentación del aborto y en general, los problemas ligados a las aplicaciones, técnicas de las ciencias biológicas sobre numerosos aspectos de la existencia humana; la libertad de conciencia con respecto a las religiones dominantes y a las políticas públicas a propósito de escuelas y confesiones religiosas; los derechos de los individuos dentro de las relaciones familiares y similares. Es a partir de problemas como éstos que la discusión se ha iniciado y es precisamente a este nivel que la comparación de las experiencias jurisprudenciales viene auspiciada u obstaculizada.

Desde este momento su puede constatar que emerge un doble nivel de cuestiones constitucionales, según cómo se conciba el alcance de los derechos involucrados, universal o particular. La discusión acerca de la integración de las jurisprudencias afecta al primero, mientras el segundo permanece circunscrito al ámbito de los ordenamientos constitucionales nacionales. El confín entre uno y otro campo, sin embargo, no es fijo y el contraste comparativo podrá extenderse fácilmente a otros sectores (economía, participación política y administrativa, defensa del medioambiente) donde se hagan valer perfiles que las jurisprudencias constitucionales, siguiendo lo establecido en convenciones, declaraciones y documentos de matriz internacional, definan como derechos atinentes a la persona humana en cuanto tal.

(*Pros y contras*) Los críticos de la tendencia a una «giustizia costituzionale cosmopolitica» –una *meretricius practice*, según la expresión de Richard A. POSNER («The Supreme Court, 2004 Term - A Political Court», en *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005 p.99– la sobrecargan de ideología, cuando evocan un *flirt* con la idea de un derecho natural universal o con la idea de una «omnipresente ley moral» y hablan de «avanguardismo morale». Según la doctrina del derecho natural –que razona así– existen principios de derecho que deben informar los derechos positivos; siendo universales, se les debe encontrar tanto en el propio como en los otros ordenamientos. El consenso, de este modo, sería un certificado de legitimidad y fundamento de las singulares decisiones. El «avanguardismo morale», pues, 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 tan lejos. Esta exageración ideológica parece más bien hecha a propósito para suscitar oposiciones. Basta tener una actitud de modestia frente a las otras experiencias, con respecto a nuestros mismos problemas. Basta no creer que estamos solos en nuestro camino y no presumir, como en cambio hacen los chovinistas de la Constitución, por ejemplo en materia de dignidad e igualdad de todo ser humano y de los derechos fundamentales, aspiran a la universalidad y que su interpretación, ya a primera vista, no es la interpretación de un contrato o de un acto administrativo y, ni mucho menos, de una ley, destilada a partir de las voluntades políticas contingentes. La interpretación constitucional es un acto de adhesión o de ruptura con respecto a tradiciones histórico-culturales vastas, de las que las concretas Constituciones son parte. Entonces, la relevancia para las jurisprudencias nacionales de la jurisprudencia extranjera o supranacional no presupone absolutamente la existencia de una preponderante dimensión de derecho supraconstitucional. Estamos hablando no de un

caballo de Troya para afirmar la dictadura universalista de los derechos, sino de un instrumento para entender nuestras propias constituciones nacionales, por medio del telón de fondo que les da un preciso significado en un determinado momento histórico. Los ciudadanos de un ordenamiento no están llamados a sufrir «inclinaciones, entusiasmos o modas extranjeras» (como se ha dicho en cambio del voto del juez Scalia en *Lawrence v. Texas* [2003]). El fin es principalmente de derecho interno. Es como recurrir, para resolver un problema difícil, a «un amigo rico de experiencia», que hace pensar mejor, despierta potenciales energías latentes, alarga las perspectivas y enriquece las argumentaciones, sacando a la luz puntos de vista que quizás de otra forma serían ignorados: «el derecho comparado me sirve como un espejo: me permite observarme y comprenderme mejor» (palabras inéditas de AHARON BARAK, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia*, Fulbright Convention del 29 de enero de 2006).

La circulación de las jurisprudencias no compromete entonces la identidad de la propia. La comunicación de experiencias resulta siempre filtrada porque presupone estándar mínimos de homogeneidad y juicios de congruencia sobre los textos y contextos jurisprudenciales. Estos juicios pertenecen a las Cortes nacionales. No se establece ninguna disminución de su función soberana.

Mas volvamos a pensar en la imagen del espejo. Ella nos habla de refracciones 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 perjudiciales complejos constitucionales de superioridad (hoy, de los Estados Unidos de América con respecto a Zimbabwe; mañana —quien puede saberlo— de Zimbabwe con respecto a los Estados Unidos de América).

La incomunicabilidad, al contrario, equivale a la ruptura del círculo ideal de intérpretes constitucionales del que habíamos partido. Las Cortes de justicia constitucional tienen, por decirlo así, raíces que se hunden en las condiciones político-constitucionales nacionales, pero tienen también sus miras dirigidas hacia principios de alcance universal. Encerrarse en sí mismos significa sólo una cosa: predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales a los exclusivos intereses nacionales.

(¿*Jurisprudencia creativa*?) La impermeabilidad de las jurisprudencias es defendida incluso con argumentos que atañen a la legitimidad de la justicia constitucional, la separación de poderes y la naturaleza de la interpretación de la Constitución.

La comunicación entre jurisprudencias presupone la existencia, en la interpretación, de un margen de elasticidad, es decir, de discrecionalidad. Faltando ésta, todo el discurso precedente saltaría en el aire. Incluso admitiendo que existen buenas razones a favor del diálogo entre las jurisprudencias, si las decisiones de las Cortes estuvieran rígidamente vinculadas al cuadro interno y sin ningún margen de apreciación, aquellas buenas razones caerían en un terreno estéril.

La discusión, en los últimos años, la ha mantenido viva el llamado originalismo, la doctrina de la interpretación constitucional vinculada al significado del texto, en el momento de su realización (*testualismo*) o según la intención de los fundadores (*intenzionalismo*). La 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 gracias a la interpretación evolutiva. Apartarse de los orígenes —se dice— significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politicidad; la politicidad es incompatible con el carácter judicial de la justicia constitucional y ofende a la separación de poderes perjudicando 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 la razón de la legitimidad, es necesario rechazar la doctrina de la Constitución viviente, aunque se haya impuesto de hecho en la práctica de las Cortes.

La cuestión, no nueva sino al contrario antigua, es de aquéllas que se juzgan determinantes bajo múltiples aspectos. Durante algún tiempo, puede permanecer en calma y se puede considerar incluso que la justicia constitucional ha puesto raíces y ha encontrado su puesto definitivo en la arquitectura constitucional actual del Estado democrático. No es así. Su naturaleza acentualmente supraestructural, expresión de exigencias que se alejan del inmediato sentir popular y de la interpretación que dan los órganos políticos, expone siempre a las Cortes a controversias sobre la legitimidad de sus pronunciamientos, de su composición y, en caso de acentuada divergencia, hasta de su existencia.

Pero ¿se pueden combatir los pretendidos excesos discrecionales cristalizando en el tiempo la interpretación de la Constitución? No, no se puede. La discrecionalidad es un dato insuperable. La prueba está en los proyectos de reforma que, como el que se discute en estos años en Italia, tratan de redefinir el rol de la Corte basándose en esta lógica: estamos contra la discrecionalidad pero, como no se la puede eliminar, que al menos se la oriente según las expectativas políticas, modificando con este fin sus equilibrios internos. De este modo, sin embargo, se refuerza el defecto evidenciado, golpeando

a la justicia constitucional en su característica esencial, la autonomía de la política. Así podemos ver que la alternativa realista no está entre la constitución fija o cristalizada y la constitución viviente, sino entre Cortes autónomas y Cortes alineadas.

(*Constitución viviente*) La Constitución viviente es la experiencia cotidiana de las Cortes. En la práctica, se sostienen posiciones originalistas (por ejemplo, con la llamada a los «trabajos preparatorios»), pero esto es sólo una retórica argumentativa, entre otras cosas, 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 el tinte político-judicial. Por regla general, la constitución viviente gusta más a quien trabaja a favor de la extensión de los derechos y menos a quien opera en dirección contraria, y lo contrario vale para la constitución originaria. Pero éstas 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 a la tentación de limitar (piénsese en la actitud de las Cortes en relación con las legislaciones contra el terrorismo). En fin, la dirección no están en absoluto asegurada (A.DERSHOWITZ, *Rights from Wrongs*, Torino, Codice ed.m 2005, pp. XIX y 221 ss.). No es ésta, pues, una cuestión de política judicial y, mucho menos de derecho o de izquierda. Es un tema de teoría de la interpretación y de la Constitución.

En Europa, la idea del «significado originario» suena como una ingenuidad, desde cuando Justiniano, sin éxito, intentó proteger su Código de jueces y juristas. Y es paradójico que la interpretación petrificada haya sido restituida con honor justo en un País de *common law*; donde a los derechos se atribuye un fundamento natural autónomo, como son los Estados Unidos (M. ROSENFELD, *Constitutional Adjudication in Europe and the Unites States: Paradoxes and Contrasts*, en I.CON, 2004, pp. 656 y ss.). ¿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?

Ante todo, ¿hay, y siempre hay, una y sólo una intención? (si ya fueran dos, el andamio caería). Y, si existiera, ¿cómo se la podría reconstruir? Las palabras que usamos, o que nuestros predecesores han usado, ¿poseen un significado y uno solo? La idea de regresar en el tiempo para establecer significados ciertos, a partir de las intenciones de los hombres y de sus palabras, no haría más que transferir al pasado nuestras dudas y nuestras *actuales* discrepancias, atribuyéndolas no a nosotros sino a nuestros predecesores. No favorecería en absoluto la estabilidad y la certeza del derecho.

Por otra parte, una característica no casual de las Constituciones es su naturaleza de principio. Los principios son normas por su naturaleza abiertas a desarrollos en el futuro. Si la Constitución italiana (art. 27.3), prohíbe las penas contrarias al «sentido de humanidad»; si la Constitución estadounidense (VIII enmienda), prohíbe las penas «cruels y desusadas», y no han sido prohibidas, particularmente, la fustigación, la tortura, la horca, etc., es porque estaba en el ánimo de los constituyentes que aquellas fórmulas pervivieran en el futuro. Los principios contienen «conceptos» (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etc.), que (según la distinción de R. DWORKIN) viven a través de su «concepciones», mutables en el tiempo. Por tanto, se puede afirmar con fundamento que la «constitución viviente», es decir, la apertura a la evolución de la cultura jurídica es, justamente, aquello que entra en la intención de los padres constituyentes, cuando se expresan a través de normas de principio. En general -se ha dicho (v. El voto particular del Juez O'Connor in *Roper V. Simmons*)- hay enunciados constitucionales que extraen su significado directamente de los valores que emergen de la civilización de una sociedad y no pueden ser fijadas en una fórmula: entre estos valores está la dignidad humana.

La predisposición al futuro es la esencia de la constitución y la naturaleza particular de sus normas dan testimonio de ello. Quien, en nombre de los orígenes, es decir de la fidelidad a una «constitución inerte», considera que toda nueva exigencia constitucional deba manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos interrogantes, sino sólo a través de enmiendas, con el fin de que así se garanticen la separación de poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la vigencia en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la constitución.

Una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones resulta degradada a ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana. «The earth belongs to the living», afirmaba Thomas JEFFERSON, y la Revolución francesa ha proclamado que «*une generation n'a pas le droit d'assujettir à ses lois les générations futures, et toute hérédité dans les conctions constituionnelles est absurde et tyrannique*». Se querían constituciones de vida breve -34 años, según Jefferson; 20 para los revolucionarios en Francia-, de modo que se permitiera a cada generación «reconstitucionalizarse» a tramos, a golpes de tambor, cuando no de cañón. Las cosas no han sido así. La Constitución no se cambia como una ley cualquiera ni decae en un plazo fijo. Entre la generación constituyente y las siguientes se instituye una relación como la que se da entre padres (los «padres fundadores») y los hijos, sucesores. A cada generación de herederos corresponde «mejorar y perpetuar», no arrojar al viento, el legado, la herencia recibida (v. Federalist, nn. 14 y 49; E. SIEYÈS, *Opinion sur le Jurie*

constituionnaire, Paris, 1795). La ley que marca la vida buena de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la enmienda es un instrumento excepcional.

El objetivo de jurisprudencia y el de la enmienda concurren. Las líneas de respeto mutuo son elásticas, como consecuencia de la discrecionalidad que, en distinta medida, mueven a la una y al otro. Por tanto, la interpretación puede prevaricar sobre la enmienda, sobretodo donde los procedimientos, con los que 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 de derecho incontrolada y de ser así rechazadas por la comunidad en la que operan (M. ROSENFELD, *Constitutional Adjudication*, cit.m pp. 652 y ss.).

(*Justicia constitucional y democracia*) Volvemos una vez más, tanto por cambiar, con un tema de justicia y política; y puesto que los poderes políticos, hoy, llaman de nuevo a la democracia, podemos decir que estamos ante un tema de justicia constitucional y democracia; un tema de intensidad variable, según sean los diferentes contextos históricos y jurídicos, que los jueces constitucionales advierten cotidianamente, en su trabajo, como cruciales para el equilibrio de poderes. Ellos saben bien que la acusación de actuar como legisladores, es decir políticamente, en vez de como jueces, es la más grave que se puede dirigir en su contra. Mucho ha sido dicho sobre esto pero siempre se vuelve al punto de partida.

Se ha pensado que la clave de una explicación puede encontrarse en la distinción entre razón-pasión. Las Cortes serían –mejor: deberían ser- «aristocracias del saber», llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar «un punto firme para el desarrollo racional de la sociedad actual, una ‘isla de la razón’ en el caos de las opiniones (F. MODUGNO, *L ‘invalidità della legge*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p.XI; y también H. M. HART, Jr., «The Supreme Court, 1958 Term –Foreword: The Time Chart of the Justices», en *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959 – 1960, pp.84 y ss.). Se ha dicho incluso que las Cortes serían «baluartes morales», una especie de «Moisés seculares», cuya vocación es sacar al pueblo del desierto y conducirlo a la tierra prometida de la vida constitucional (A. M. BICKEL, «The Supreme Court, 1960 Term–Foreword: The Passive Virtues», en *Harvard Law Review*, vol.75,1961-1962, pp. 41 y ss.). Escuchando afirmaciones como éstas, los jueces constitucionales se quedan perplejos, intuyendo quizás un cierto sarcasmo. Ellos saben bien cuanta pasión, no inferior a la de una deliberación parlamentaria, hay en sus discusiones y no son tan ingenuos como para despreciar cuanto de racionalidad y de morali-

dad hay en los procedimientos parlamentarios. Pero, sobretodo, se dan cuenta de que esta legitimación por excelencia, casi teológica (T. ARNOLD, «Professor Hart's Theology», en *Harvard Law Review*, vol 73, 1959-1960, pp. 1298 y ss.), acabaría con toda distinción. Las Cortes, se ha dicho con ironía, podrían aspirar a ser super-legisladores porque sencillamente «son súper» (R. A. POSNER, «The Supreme Court, 2004 Term - A Political Court», cit., p. 60). De todas formas, este modo de pensar no es el propio de la distinción de poderes, sino el de la indistinción y 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, en cuanto intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad, e insiste en el necesario *self-restraint* de las Cortes y en la necesaria ética de las consecuencias. Cuando están en juego apreciaciones discrecionales, más allá de los principios y de las convicciones, tiene que considerarse con pragmatismo incluso la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones. Hay materias en las que la sensibilidad social está sobreexitada y las consecuencias podrían contradecir las intenciones. Por ejemplo, una Corte que, en nombre de la paz religiosa, impusiera indiscriminadamente en cada lugar público la supresión de cualquier símbolo religioso podría generar reacciones y conflictos locales: allí una intención pacificadora se transformaría en motivo de intolerancia. En todo caso, la invocación a la modestia se traduce en una indicación a las Cortes de la siguiente naturaleza: para ser aceptadas en democracia, sobretodo en los casos altamente controvertidos, trata de que advierta vuestra presencia lo menos posible. Ello delinea una posición gregaria y que no contribuye mínimamente a la exigencia de dar a la justicia constitucional un justo y autónomo fundamento con respecto a la política. Quizás, se debe cambiar el horizonte de referencia.

~~*

(*Una función republicana*) La Constitución italiana define 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 pueden parecer huéspedes ingratos en la casa de otros, la democracia; son los dueños de la casa en la casa propia, la república. Pero la casa es una sola: la república democrática.

Según la concepción *sette-ottocentesca*, la república indica una forma de gobierno opuesta a la monarquía. Según la concepción originaria, en cambio, tiene un significado más profundo y comprensivo. Refirámonos a la definición clásica. En la *Sommum Scipionis* (M. T. CICERONE, *De Republi-*

ca, I, XXV) leemos: «La República —dice el Africano— es aquello que pertenece al pueblo. Pero no es pueblo cualquier multitud de hombres reunidos de cualquier forma, sino una sociedad fundada sobre la base del legítimo consenso y de la utilidad común (*coetus multitudinis iuris consensu el utilitatis comunione sociatus*)». *Res populi, iuris consensus, utilitatis communio*: tres expresiones sobre las cuales 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 ninguna de las partes, no siquiera de la mayoría. Además, la *utilitatis communio* implica una cierta despersonalización de las cosas políticas. El espíritu, en el sentido originario, se opone a toda visión personal del poder y es independiente del tipo de gobierno. Puede haber república cuando el gobierno (*el consilium*) pertenece a un rey, a un grupo de escogidos, o a todos los ciudadanos (*ivi*, XXVI). Lo que importa es que el poder no sea ejercido en el interés particular de quien lo detenta. Por tanto, no es extraño que un régimen monárquico pueda decirse republicano (ad es. J. ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta* [1614], IX, 1-3), cuando el monarca, a diferencia del déspota, trabaja para el pueblo entero. República es un término de género que indica una concepción de la vida colectiva; la democracia es una especificación que concierne a la concepción del gobierno.

Este modo de entender la *res publica* es coherente, aún más, 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. En lo aquí interesa, equivale a constitución según la definición que, muchos siglos después, fue dada por el juez Robert Jackson de la Corte Suprema americana, en el famoso caso del *compulsory flag salute* (West Virginia Board of Education v. Barnette 1943): «El auténtico propósito de una [constitución] ... es sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, colocarlas fuera del alcance de mayorías y funcionarios, sancionarlas como principios legales para ser aplicados por parte de las Cortes. El derecho de cualquiera a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de palabra, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión y los otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna votación».

Fijado el principio de que la justicia constitucional es una función de la república, debería abrirse el camino a una neta distinción con 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*.

Sin embargo se dirá: también sobre la Constitución se vota. Más aún: son precisamente los jueces constitucionales quienes, para defender aquello sobre lo que no se vota, deciden votando. Hay en eso una paradoja, es más,

una contradicción. ¿La defensa de lo que es común se puede dejar, en última instancia, al voto de una mayoría que aplasta a una minoría? Esta contradicción es advertida por los jueces constitucionales todas las veces que se trata de tomar una decisión propiamente constitucional —una decisión, quiero decir, donde está en juego no la aplicación de una norma constitucional sino la determinación de su contenido. En estos casos, lo natural es buscar la solución más compartida. La unanimidad sería el *optimum*. Si no se alcanzara, se trabajaría al menos para llegar al máximo consenso posible. El recurso al voto de mayoría es sólo el extremo remedio a un defecto: la incapacidad de crear un consenso sobre los propios argumentos y la indisponibilidad a dejarse convencer por los de los demás. Las decisiones tomadas por 5 votos contra 4 ó, en nuestra Corte constitucional, 8 contra 7 siempre dejar con una sensación de insatisfacción, como de frente a un deber que no se ha cumplido hasta el final. Con este tipo de decisiones las Cortes constitucionales se exponen a la crítica política, es decir, de haber actuado arbitrariamente como pequeños parlamentos, donde el conflicto mayoría-oposición es connatural. En las Cortes debe valer en espíritu de una parte. Admitámoslo: entre nosotros no siempre la actitud deliberativa logra afirmarse sobre la voluntad y se cede al deleite de imponer una voluntad. Pero cuando eso ocurre, es una derrota para la justicia constitucional, un *vulnus* a su legitimidad.

La actitud deliberativa no elimina en absoluto la discrecionalidad del juzgar en materia de derecho constitucional. Cambia si la naturaleza y el objetivo; la discrecionalidad como expresión de la voluntad que se impone, propia de los órganos políticos, es algo diferente de la discrecionalidad «republicana», dirigida a lograr el consenso sobre la constitución. Y ello constituye el dato que distingue los dos ámbitos.

(*Tierra y territorio: ¿res publica universalis?*) La fundación republicana de la justicia constitucional nos conduce de nuevo al punto de partida: la mutua relevancia de las jurisprudencias constitucionales.

El mundo jurídico actual, en muchos campos, va desligándose vistosamente del territorio, es espacio circundado por fronteras al que el derecho público occidental ha asignado durante siglos la tarea de individualizar las colectividades humanas, sus gobiernos y sus sistemas jurídicos. Este elemento constitutivo del Estado ha representado durante siglos la dimensión en la que los hechos sociales asumían sentido y valor y, por consiguiente, la dimensión de sus repercusiones jurídicas y constitucionales. Lo que ocurría fuera o era indiferente o, si no lo era, intervenía el derecho internacional. Este superaba los confines pero, siendo siempre su matriz estatal-territorial, al superarlos, confirmaba el valor del presupuesto. La *res publica* se situaba

en estas fronteras. Hoy ya no es así. Las dimensiones se han alargado. La tierra pertenece a los vivos o, quizás, los vivos pertenecen a la tierra: tierra, nunca más a territorios.

La soberanía de un tiempo ha cambiado en interdependencia o dependencia. El control de muchos factores que condicionaban nuestra existencia ya no depender más de nosotros. Actos y eventualidades de naturaleza política, económica, tecnológica, en otras partes del mundo condicionan directamente el patrimonio de los bienes constitucionales nacionales. Sin embargo, ellos son sometidos a la justicia constitucional del País donde se verifican. De otra parte, nuestros principios constitucionales en lo esencial, tienen alcance universal: la dignidad, la igualdad y los derechos humanos, la paz, la justicia, etc. Su violación preocupa, ante todo desde un punto de vista moral, sea cual fuere el lugar de la tierra donde suceda. Sin embargo, ésta cae bajo la jurisdicción de las Cortes nacionales. Hay una evidente incongruencia en las proporciones.

Es natural, cuando los bienes constitucionales se vuelven interdependientes e indivisibles, que las justicias constitucionales de cada nivel aspiren a integrarse, si no es una forma institucional supranacional cosmopolítica, que no se ve en el horizonte y que quizás nunca veamos, al menos sí en contextos deliberativos comunicantes. La interacción llevará necesariamente, antes o después, a una cierta convergencia de resultados.

La apertura de las jurisprudencias a recíprocos entrelazamientos no es, pues, una moda pretendida por profesores, o arbitrio con respecto a las respectivas constituciones nacionales. Es una exigencia que radica en la vocación actual de la justicia constitucional. Es parte del proceso multiforme de «universalización» del derecho, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico (S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Un. Suor Orsola Benincasa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005). La pequeña pregunta inicial, si es lícito para las cortes citar jurisprudencias ajenas, muestra así sus no pocas implicaciones.

Nosotros no podemos esconder las dificultades. Todas las veces en que se desencuentran contraposiciones radicales y las cuestiones constitucionales se transforman en conflictos de civilización o *Kulturkampf* (M. ROSENFELD, *Constitutional Adjudication*, cit., p. 664, comentando el voto de A. Scalia en *Romer v. Evans* [1996] la justicia constitucional, en vez de abrir su horizonte, se contrae sobre sí misma. El caso de los símbolos religiosos, antes citado, es tan sólo un ejemplo.

Se ha advertido, frente a esta dicotomía, la propensión de las Cortes a una «tercera opción», para no decantarse por una de las dos posiciones en liza. No se trata del oportunista intento de caminar sobre el filo de la navaja para no disgustar a ninguno; es en cambio la vía, no exenta de justificación,

para mantener abiertos los canales de comunicación entre las partes, limar las asperezas y preservar abierto y fértil el terreno de la comparación, aquello que, al fin y al cabo, representa la tarea integrativa esencial de toda constitución pluralista. Pero en contextos de grandes tensiones políticas y culturales, que no dejan posibilidad que alinearse con una y otra parte, dado el poder de las Cortes de certificar legitimidad e ilegitimidad en última instancia, ésta corre el peligro de convertirse en el factor determinante de otras tensiones y de ulteriores divisiones. Por tanto, 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 recíproco: garantizarlos constituye la misión más profunda de los Tribunales Constitucionales de cualquier parte del mundo. Este es el espíritu de la justicia constitucional y de sus jueces. Y ésta es también la razón por la cual no es vacía retórica considerarlos miembros de aquella ideal sociedad republicana a la que alude la dedicatoria que he recordado, al iniciar estas consideraciones.