

CONSTITUCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN*

MARIA LÚCIA AMARAL

Catedrática de la Facultad de Derecho
Universidad Nova de Lisboa

Crónica Jurídica Hispalense 15 • Págs. 25 a 27

SUMARIO

I. EROSIÓN DEL ESTADO Y SUPERVIVENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO. 1. «Constitucionalismo» y «globalización»: explicación de los términos. 2. *El Estado de legalidad (s. XIX), el Estado constitucional (s. XX) y la continuidad del constitucionalismo moderno. 3. Los riesgos de la discontinuidad.* 3.1. Factores de la erosión: flujos migratorios y desarrollo tecnológico. 3.2. Señales de erosión: «constitución y política», Estado y soberanía. 3.3. El riesgo de ruptura y la estabilidad del constitucionalismo moderno. II. ¿EXISTENCIA MÁS ALLÁ DEL ESTADO? 1. *La virtud de los grandes espacios.* 2. *La fuerza expansiva del constitucionalismo: el «nuevo» derecho constitucional comparado.* 3. *La fuerza expansiva del constitucionalismo: la «constitucionalización» del derecho internacional público.* 4. «Neoconstitucionalismo» y principio democrático.

Resumen: La evolución de los conceptos soberanía, poderes y derechos también reúne en sí misma los presupuestos evolutivos del constitucionalismo en cuanto forma de organización del Estado. En el contexto actual, la globalización, siendo un término de difícil definición desde una perspectiva

Abstract: The evolution of the concepts of sovereignty, powers and rights also brings together in itself the evolutionary presuppositions of constitutionalism as a form of state organization. In the current context, globalization, being a term difficult to define from a constitutional perspective,

* Traducción española de MARÍA ÁNGELES PÉREZ MARÍN (Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla) mapmarin@us.es.

constitucional, es, sin duda, una realidad empírica que influye en un diseño del constitucionalismo teórico delimitado por la observancia de los derechos y las libertades fundamentales.

Asimismo, diferentes factores actúan como elementos que erosionan el concepto y la dimensión estatal sobre los que han venido sosteniéndose las modernas teorías del constitucionalismo y que obligan a admitir nuevas proporciones del término para superar premisas clásicas y avanzar hacia una nueva concepción de los principios democráticos.

Palabras clave: Constitución, constitucionalismo, soberanía, principios democráticos, globalización

is undoubtedly an empirical reality that influences a design of theoretical constitutionalism delimited by the observance of fundamental rights and freedoms.

Likewise, different factors act as elements that erodes the concept and state dimension on which the modern theories of constitutionalism have been based and that force us to admit new proportions of the term in order to overcome classic premises and move towards a new conception of democratic principles.

Keywords: Constitution, constitutionalism, sovereignty, democratic principles, globalization.

Fecha recepción original: 01/07/2017

Fecha aceptación: 31/07/2017

I. EROSIÓN DEL ESTADO Y SUPERVIVENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

1. «CONSTITUCIONALISMO» Y «GLOBALIZACIÓN»: EXPLICACIÓN DE LOS TÉRMINOS

Hablar de «constitucionalismo» y «globalización» exige, en primer lugar, que se esclarezca el sentido en el que se utiliza cada uno de los términos que compone el binomio.

Por «constitucionalismo» entiendo la doctrina de la fundación y de la limitación del poder político legítimo¹, y uso el término en este sentido partiendo de dos premisas que me parecen que están suficientemente consolidadas. La primera hace referencia a la conocida distinción entre constitucionalismo antiguo y constitucionalismo moderno². La doctrina «constitucionalista», relativa a la fundación y a la limitación del poder político legítimo, tiene sus orígenes en el pensamiento filosófico premoderno, en cuanto descripción de la configuración ideal o más o menos justa de organización de las formas políticas. Sin embargo, la atribución a esta doctrina de un alcance prescriptivo que se hace efectivo a través del derecho y de una de sus disciplinas –el derecho constitucional–, es el resultado del pensamiento moderno-iluminista y de las revoluciones que se siguieron desde finales del siglo XVIII. El «constitucionalismo mo-

1. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2013, pág. IX.

2. C. H. MCLLWAN, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Cornell University Press, 1940.

derno» es, por lo tanto, al contrario del «constitucionalismo antiguo», prescriptivo y no sólo descriptivo, y es este elemento lo que realmente nos interesa cuando hablamos en general de «constitucionalismo», pues fue éste el que se instaló en nuestro modo occidental de vivir después de 1787 y 1789. Esta es la primera premisa de la que parto y que creo bien establecida. La segunda, que me parece que también es merecedora de una aceptación general, es la relativa a la identidad que se puede hallar entre el sentido que deba atribuirse al vocablo «constitucionalismo» y el significado que ha de otorgarse a la expresión «Estado de derecho en sentido material» o «Estado de derecho en sentido fuerte»³, como a veces también se dice. Tanto el vocablo como la expresión se refieren a formas políticas en las que el poder se somete al derecho a través de dos instrumentos que constituyen la disciplina jurídica de la «soberanía»: la división de poderes, por un lado, y la garantía de la observancia de los derechos y libertades fundamentales, por otro.

Así, *soberanía, poderes y derechos* son tres vocablos que, juntos, resumen el objetivo histórico del «constitucionalismo» en el sentido en el que aquí uso el término. Si éste puede ser definido como la doctrina de la fundación y de la limitación del poder político legítimo, ello sucede porque hay una tradición intelectual, suficientemente asentada tanto en la «teoría» como en la «práctica», que permite identificar con seguridad los instrumentos de que disponemos para limitar jurídicamente la soberanía a través de la división de poderes y de la garantía de la observancia de las libertades⁴.

En cuanto al término «globalización» prescindo de cualquier intento definidor, que en este contexto sería tan inútil como pretencioso. Me limito, pues, a una verificación empírica que creo que puede ser suficientemente compartida. La disciplina del derecho en la cual se precipita la tradición intelectual del constitucionalismo —el derecho constitucional—, siendo el «derecho más alto»⁵, es también aquella que más se abre a la Historia; y quiso ésta, en una suprema ironía, que a partir del año en que se celebraron los dos siglos del inicio de la afirmación del constitucionalismo moderno (1989, año maravilloso en palabras de Peter Häberle) se desencadenase una impetuosa modificación, de la cual resultó la evanescencia del Estado en cuanto forma política típica de la modernidad.

2. EL ESTADO DE LEGALIDAD (S. XIX), EL ESTADO CONSTITUCIONAL (S. XX) Y LA CONTINUIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

El constitucionalismo, la doctrina de la limitación de la soberanía a través de la división de poderes y de las garantías de las libertades fue siendo construida en su versión moderna —de forma que es prescriptiva y no solo descriptiva— en exclusiva unión con el Estado, estructura política característica de la modernidad. El Estado era, a un

3. L. FERRAJOLI, «Pasado y Futuro del Estado de Derecho», en M. CARBONELL, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Universidad Nacional Autónoma de México, 4.ª ed., 2009, pág. 14.

4. Prescindo, por eso, de identificar los diferentes tipos de «constitucionalismos» (R. MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, 2015, págs. 13-14) porque pienso que está suficientemente clara la legitimidad del uso del término en singular.

5. La expresión es de AZZARITI, ob. cit., pág. 5.

tiempo, tanto el presupuesto teórico necesario como el exclusivo objeto «práctico» de la fuerza ordenadora o prescriptiva de la constitución. La población del Estado era titular de las libertades que se pretendían crear y garantizar, los poderes del Estado se distinguían conceptualmente entre sí y se organizaban de forma separada, en el territorio del Estado se operaba la limitación jurídica de la soberanía, objetivo histórico último de la doctrina del constitucionalismo.

La *continuidad* en el cumplimiento de este objetivo histórico fue claramente conquistada a partir de la segunda mitad del siglo XX. No necesitamos volver a subrayar la idea: el hecho de que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre hubiera recuperado, en diciembre de 1948, el lenguaje de 1787 y de 1789 (*todos los hombres nacen libres e iguales en derechos*) habla elocuentemente por sí mismo. Y no obstante todos los cambios acaecidos, continuó siendo el Estado (su población, su poder y su territorio) donde se volvió a encontrar, después de 1945, la sede necesaria para la reafirmación de la fuerza prescriptiva del constitucionalismo moderno. Así, fue «el pueblo» del Estado, titular de las libertades que se pretendían concebir y garantizar, el que siguió correspondiéndose, después de la segunda mitad del siglo XX, con el idealizado por el programa del constitucionalismo, aunque, mientras tanto, se hubiera transformado de pueblo «monoclasse» en pueblo «pluriclasse»⁶ con todas las consecuencias que de ello se derivan para el creciente pluralismo social y para el correspondiente refuerzo del carácter prescriptivo de las libertades y de los derechos que se pretendían fundamentales. Fue el «poder» del Estado, a su vez, el que continuó siendo conceptualmente distinguido en varias clases o funciones y distribuido por diferentes, y separados, centros institucionales, aunque no obstante se hubiera modificado, dejando de ser aquello que era en el siglo XIX —un *aliud* frente a la economía y a la sociedad— para transformarse, a partir de la segunda mitad del siglo XX, en poder director tanto de una como de otra. Y, finalmente, fue además en el «territorio» del Estado donde se continuó operando la limitación jurídica de la soberanía, a pesar los poderosos cambios verificados hasta entonces y que se fueron traduciendo en nuevas formas de reorganización de los territorios estatales a través de procesos de descentralización interna y de integración supraestatal.

Ahora bien, esta continuidad mantenida durante el corto siglo XX, pese a todas las modificaciones verificadas hasta ese momento, es la que la «globalización» podrá ahora venir a interrumpir, o a poner en duda, una vez que con ella se habrá superado la exclusiva dimensión estatal a partir de la cual fue siendo construida toda la ciencia del derecho constitucional. El recelo de que ello acontezca —es decir, la desconfianza en que la impetuosa modificación histórica que se verificó en las últimas décadas ponga en duda la capacidad del Estado para mantenerse como forma política típica de la modernidad, en el ámbito de la cual se aplica la fuerza ordenadora de la constitución y, por lo tanto, se realiza, por excelencia, la intención prescriptiva del constitucionalismo

6. La expresión, que considero particularmente feliz, tiene su origen en la literatura italiana. M.S. GIANNINI la creó, en los años sesenta, a partir de la oposición entre «Estado mono-classe», el Estado de legalidad del siglo XIX, y el Estado «pluriclasse» del sufragio universal (y del pluralismo) del siglo XX, para servir no como una mera fórmula descriptiva sociológica sino como parte de una teoría prescriptiva del Estado democrático. Véase *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, S. CASSESE/G. GUARINO orgs., Giuffrè Editore, 2000, pág. 60.

moderno— está inspirado en la simple verificación empírica de los acontecimientos. Y con base en esa verificación se ha difundido la idea según la cual existiría ya, en el momento presente, un evidente *riesgo de ruptura* entre la *idea* de fuerza normativa de la constitución y los presupuestos necesarios para su concreción⁷.

3. LOS RIESGOS DE LA DISCONTINUIDAD

3.1. Factores de la erosión: flujos migratorios y desarrollo tecnológico

Comencemos por la verificación empírica de los aspectos en los que se funda la tesis (o el recelo) de la existencia contemporánea de un riesgo de quiebra (entre la posibilidad de realización del programa del constitucionalismo moderno y la «actual encrucijada transnacional»⁸). En este contexto, los flujos migratorios y el desarrollo tecnológico constituyen dos indicadores particularmente expresivos.

Los flujos migratorios tienden a transformar al pueblo «pluriclasse» en población multicultural, revistiendo a las libertades —tanto su concepción teórica como las formas de su garantía práctica— de nuevas complejidades nunca antes analizadas. Dado que multiplicidad de clases no significa lo mismo que multiplicidad de culturas, el pueblo «multicultural» dirige al Estado no sólo pretensiones *sociales* entre sí conflictivas, sino, más allá de eso, y de forma mucho más compleja, pretensiones identitarias opuestas entre sí. Cómo responder, pues, a la emergencia de la «población» de un Estado que en lugar de ser únicamente «pluriclasse» es, también, «multicultural», es el primer desafío que se plantea al constitucionalismo actual⁹.

El desarrollo tecnológico, a su vez, transforma el poder político del Estado en un vehículo impotente para ordenar las más profusas y fundamentales esferas de la existencia individual. El Estado moderno, en cuanto forma central de ordenación constitucional, se reafirmaba porque dominaba la tecnología, que era su instrumento. Los servicios postales, las carreteras, los servicios ferroviarios o las telecomunicaciones eran instrumento del Estado. Ahora lo trascienden; basta pensar en la navegación aérea, regulada más por asociaciones del sector que por los propios Estados, en las agencias internacionales reguladoras de los servicios postales, en las comunicaciones individuales internacionales, que se realizan íntegramente al margen del control (de la jurisdicción) estatal¹⁰. Del mismo modo, el Estado moderno puede afirmarse como forma central de ordenación constitucional en cuanto que gobierna a la economía. Las dificultades en mantener esta gobernanza (y en evitar su inversión: el gobierno del Estado por la economía) son visibles a simple vista. La globalización —se dice habitualmente— reduce el espacio de decisión interna de los Estados especialmente en el

7. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, ob. cit.; M. DOGLIANI, «Debe la política democrática avere una sua risorsa di poteri separata?», en S. CASSESE/G. GUARINO, ob. cit., págs. 61-72; M. LUCIANI, «L'antiosovrano e la crisi delle costituzioni», *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1996, págs. 124-188.

8. La expresión es frecuentemente utilizada por MEDEIROS, ob. cit.

9. AZZARITI, ob. cit., págs. 92 y ss.

10. S. CASSESE, «L'erosione dello Stato, una vicenda irreversibile?», en S. CASSESE/G. GUARINO, ob. cit., págs. 15-23.

ámbito esencial de la política fiscal y, por tanto, de la justicia redistributiva. Y ello por causa de la movilidad de las inversiones financieras, de la dimensión de los inversores y de la posibilidad que tienen los agentes económicos multinacionales para localizar sus producciones de modo relativamente independiente de las características fuerzas de trabajo locales. Todos estos factores son conocidos, y todos ellos tuvieron como resultado la disminución visible del espectro posible de las políticas de los Estados, situados por imposición de la economía en posición de concurrencia recíproca¹¹.

3.2. Señales de erosión: «constitución y política», Estado y soberanía

De todos estos factores se deriva una separación entre *constitución* y *política*, por un lado, y entre Estado y *soberanía*, por otro, de donde emanan todos los riesgos de discontinuidad entre la situación actual y los presupuestos necesarios para la supervivencia del concepto moderno de constitución. Es que, siendo éste un instrumento de realización del programa del constitucionalismo (la ordenación racional de la política a través del derecho), su existencia no puede continuar siendo garantizada sin una identificación segura de los espacios en los que se ejerce el poder, o donde existe —en una cierta acepción de la palabra que ahora no desarrollaré— la *política*. Llamémosles «espacios políticos»: la identificación segura de estos espacios (dónde surgen, cuáles son, cuál es su estructura y naturaleza) es condición necesaria para la conservación del constitucionalismo, porque es también condición necesaria para que la constitución actúe como *norma*, al mismo tiempo fundadora, y limitadora, del poder político legítimo. A partir del momento en que dejamos de ser capaces de identificar con seguridad cuáles son los «espacios políticos» efectivamente existentes, dejamos también de tener terrenos seguros para hacer efectiva la vinculación normativa de la constitución. La ciencia del derecho constitucional se construye a partir del segundo presupuesto, según el cual la política se circunscribe al espacio del Estado; pero si esta última pasa a desarrollarse en otros lugares, muchos de ellos nuevos y aún no plenamente identificados, surgirá una separación entre constitución y política que puede venir a minar la fuerza normativa de los «viejos» textos constitucionales pensados para otros tiempos¹².

Pero tan potencialmente letal para las posibilidades de supervivencia del constitucionalismo moderno será esta grieta que parece estar abriéndose ante nuestros ojos entre el espacio de la constitución y el espacio de la política, como aquella otra que se abre entre el *Estado* y la *soberanía*.

Hace mucho que se sabe que este último concepto —soberanía— no puede ser entendido, tal y como ocurrió al inicio de la era westfaliana, como si de un concepto extrajurídico se tratase. La idea de acuerdo con la cual el «poder supremo» sólo podría ser conceptualizado como puramente *fáctico*, situado más allá del derecho, fue definitivamente negada por la ciencia europea del derecho público a principios

11. M. DOGLIANI, «Deve la politica democratica avere una sua risorsa di poteri separata?», en S. CASSESE/G. GUARINO, ob. cit., págs. 61-72. Más desarrollado, MEDEIROS, ob. cit., págs. 25 y ss.

12. AZZARITI, ob. cit., págs. 26 y ss.

del siglo XX. La discusión entre las tesis «monistas» y las tesis «dualistas»¹³, en tanto que formas diferentes de entender las relaciones existentes entre órdenes jurídicos diversos –orden internacional y orden interno–, sólo puede, a mi entender, ser rigurosamente entendida si se tuviera en cuenta este dato fundamental: cuando surgió la discusión ya estaba claro que no había ninguna incompatibilidad lógica entre el concepto de soberanía y la idea de vinculación jurídica. Precisamente por eso es posible no sólo concebir el orden internacional como un cierto *orden de derecho* sino, también, discutir los modos de su articulación con ese otro orden, de idéntica naturaleza, que es el orden interno. Y ello porque, mientras tanto, Jellinek, Kelsen, Carré de Malberg y H.L.A. Hart ya habían vuelto a ubicar el concepto (de soberanía) en el universo de los conceptos propios del derecho público, excluyéndolo del mundo de los «conceptos fácticos puros» que tienen una naturaleza incompatible con cualquier vinculación jurídica¹⁴. Cuando hoy abordamos de nuevo el problema de la soberanía y discutimos la cuestión de su localización en el «orden global» –sobre todo cuando discutimos el problema de su relación con los desafíos que dicho «orden» plantea a la ciencia del derecho constitucional–, no podemos perder de vista, a mi parecer, este dato fundamental. Como tampoco podemos olvidar otro dato igualmente relevante y que paso ahora a exponer de una forma concisa.

La interdependencia creciente entre los diferentes sistemas estatales nacionales no es evidentemente un fenómeno nuevo, que se haya iniciado a partir de la última década del siglo XX o un producto exclusivo de lo que nos acostumbramos a denominar «globalización». Es obvio que ese proceso de creciente interdependencia se había iniciado mucho antes. Por eso, al existir, el *nuevo* problema que se abre en las relaciones entre Estado y soberanía como resultado de la «globalización» no reside tanto en este proceso como en la cuestión de saber si es posible identificar quien lo dirige en la actualidad¹⁵. En un tiempo en el que se podría asegurar que tal dirección correspondía todavía a los sujetos de la interconexión –los Estados–, queda aún espacio para una representación teórica de «soberanía» estatal que se concilia con su conquistada pertenencia al universo propio del derecho público. Como bien recuerda Rui Medeiros, esta posible teoría tiene como efecto reconducir la idea (jurídica) de soberanía al concepto de autodeterminación¹⁶. Esta reconducción, además, no sólo reconcilia el concepto con el progreso de la ciencia europea del derecho público, sino que establece posibles «puentes» entre la idea de soberanía, de génesis preconstitucional, y la tradición del constitucionalismo moderno. En realidad, si para éste era imposible pensar en la idea de soberanía como un «simple facto» –o como poder

13. Discusión recientemente revisada por MEDEIROS, ob. cit., págs. 247 y ss.

14. J. L. COHEN, *Globalization and Sovereignty, Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, pág. 29.

15. Creo que las vicisitudes vividas en el proceso de integración europea tras el inicio de la llamada «crisis de las deudas soberanas» es muy ilustrativo de esta afirmación, en la exacta medida en que la «crisis» revela cuánto cambió con relación al pasado. Y no creo que sea excesivo identificar ese pasado, con respecto al cual la «crisis» revela una cierta ruptura, en función de la capacidad que tuvieron –y aparentemente ya no tienen– todos los sujetos de la integración para dirigir el proceso de su creciente interconexión.

16. Ob. cit., pág. 98.

*legibus solutus*¹⁷–, no lo era concebirlo como poder autodeterminado, ejercido, también, en el período constituyente¹⁸. Además, si no es posible saber hasta qué punto son los propios Estados los que conducen, en cuanto sujetos de sus crecientes interdependencias e interrelaciones, el proceso de esa progresiva interconexión, queda también sin resolver la cuestión de si cada orden jurídico-constitucional estatal puede verdaderamente autodeterminarse –aunque según la tradición del constitucionalismo, tal capacidad de autodeterminación sirva para, en el período constituyente, *dividir* los poderes y para *garantizar* los derechos–.

3.3. El riesgo de ruptura y la estabilidad del constitucionalismo moderno

El constitucionalismo moderno nació con la ambición de limitar al soberano, de regular los poderes y de fundamentar los derechos. Siempre lo hizo teniendo al Estado como presupuesto de la constitución, siendo el ámbito de la normatividad de esta última coincidente con el ámbito personal y territorial de lo «estatal». El paso del primer constitucionalismo (el propio del Estado de legalidad del siglo XIX) hacia el segundo (aquél que se vivió, especialmente en el continente europeo, de modo reafirmado después de la segunda mitad del siglo XX), continuó teniendo al Estado como presupuesto de la constitución. Fue también teniendo en cuenta la «soberanía» estatal, el «territorio» estatal, o la «población» del Estado que, durante el corto siglo XX¹⁹, elevó al nivel más alto la fuerza prescriptiva y ordenadora de la constitución, continuándose (y reafirmandose) así el elemento esencial y distintivo del constitucionalismo moderno. Sin embargo, a partir del momento en que el poder pierde la base territorial, comenzando a ejercerse en espacios políticos nuevos, no plenamente identificados pero situados claramente más allá del territorio del Estado, a partir del momento en que el «pueblo» se fragmenta en nuevos pluralismos definidos por la pertenencia a clases diversas y a múltiples culturas, desde el momento en que la «soberanía» estatal se desvanece sin que en su lugar se sitúen claramente nuevos soberanos, son los propios sustentos históricos y lógicos del constitucionalismo moderno los que se ponen en duda. ¿Cómo limitar lo «soberano», cuando no se sabe a ciencia cierta qué es? ¿Cómo regular los «poderes», cuando no se conoce realmente en qué espacio se ejercen? ¿Y cómo, ante todas estas dudas, asegurar la garantía de

17. Lo que estaría siempre en contradicción con el «programa» del constitucionalismo moderno, de institución de un poder en todas sus dimensiones siempre limitado por el derecho.

18. La cuestión es compleja, J. COHEN (ob. cit., pág. 26) esclarece esta relación –entre el concepto de soberanía como autodeterminación [y nunca como poder *legibus solutus*] y la tradición del constitucionalismo– por referencia al constitucionalismo norteamericano. El hecho de que la concepción europea continental de la indivisibilidad de soberanía (retomada por ROUSSEAU) haya sido siempre extraña a la tradición norteamericana tiene que ver simplemente con el hecho de que, en esa tradición, el poder constituyente se hubiera ejercido para dividir los poderes del Estado y para consagrar derechos. En esta medida, la «soberanía» constituyente significaría sólo autodeterminación en (y para) la división y la limitación de poderes. Del mismo modo, M. LUCIANI (*El antisoberano, la crisis de las constituciones y el futuro de los derechos humanos*, Montelimar, Nicaragua, 1996) recuerda que la idea de soberanía como poder no vinculado sólo interesaría al constitucionalismo en la medida en que sobre ellas se asienta la idea de poder constituyente, que, siendo el presupuesto de la constitución, sería también el único momento de definición de «un futuro sin límites».

19. Utilizo aquí la conocida expresión de E. HOBBSAWM: el «corto» siglo XX comienza en 1945 y termina en 1989.

los derechos y libertades individuales? El «programa» constitucional jamás se definió sólo por la idea de «gobierno limitado». Se definió también por la idea de «derechos limitados», visto que las libertades, todas ellas, por su necesaria convivencia con valores colectivos (y con otros derechos) siempre carecieron de limitación. Ninguna libertad tuvo siempre, y únicamente, una dimensión estrictamente individual. Pero en la «sociedad globalizada» habrá aparentemente una (única) dotada de esta dimensión: la libertad de inversión de capital. Ningún valor colectivo se le contrapone porque no existe ninguna colectividad a la que se le pueda imputar dicho valor²⁰. Es por todo ello que al fenómeno de la pérdida del territorio como referencia de las formas de dominio se asocia el riesgo de que el constitucionalismo moderno no sobreviva: al dispersarse por el mundo la fuerza ordenadora de las constituciones nacionales, en la fluidez y en la indefinición de las relaciones constitucionales transnacionales, el derecho constitucional (nacional) corre el riesgo de volverse no un derecho dúctil sino un derecho *débil*²¹. Si ello sucediera, se perdería el valor prescriptivo del constitucionalismo moderno y, en su lugar, se recuperaría probablemente la estricta función descriptiva que desempeñaba el llamado «constitucionalismo antiguo»²².

II. ¿EXISTENCIA MÁS ALLÁ DEL ESTADO?

1. LA VIRTUD DE LOS GRANDES ESPACIOS

Hay, sin embargo, otro lado del espejo que no puede dejar de ser visto y considerado. La desterritorialización de las formas de dominio, o la «desestatalización», implicó una ampliación de los espacios y al hacerlo se abrió también un nuevo campo de indagación a la ciencia del derecho constitucional. La posición central que debe ocupar esta última no puede ser la de «lamento» en torno a un paradigma perdido. Ninguna ciencia se ocupa de tal materia. Lo que la ciencia del derecho constitucional no puede dejar de hacer –bajo pena de contrariar su propia condición existencial– es intentar la reconstrucción de otro paradigma que venga eficazmente a sustituir aquel antiguo que se perdió. Y este intento de reconstrucción sólo podrá ser emprendido

20. Asimismo, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzione*, ob. cit., pág. 168.

21. AZZARITI, ob. cit., pág. 142. La expresión *derecho dúctil* se inspira en la conocida obra de G. ZAGREBELSKY (a la cual se volverá en breve), *Il Diritto Mite*, 1992.

22. Esta concreta observación, acentuada por R. MEDEIROS (ob. cit., pág. 45), según el cual el discurso –relativo a la erosión de un constitucionalismo centrado en el Estado– debería evitar generalizaciones reductoras o simplistas, por ser necesario adoptar antes «respuestas constitucionalmente variables que atiendan a los “ámbitos y contextos concretos” de cada Estado constitucional» (ob. y págs. cit.), no invalida, según creo, la posibilidad de la afirmación. Es cierto que los factores de erosión que se mencionan son generalizables a todos los Estados. Basta pensar, por ejemplo, en el problema del «pueblo» multicultural. Multiculturales fueron siempre los estados del nuevo mundo desde su génesis constitucional. Por otro lado, piénsese en el desplazamiento de la sede de la soberanía, o en la difícil identificación de su lugar, por efecto de la economía y de la competencia que ésta somete a los propios Estados, convertidos en competidores en la fluidez de las relaciones transnacionales. Es evidente que el fenómeno no afecta a todos los Estados, sino sólo a los más débiles. Sin embargo, ese punto de verificación, según creo, no es evidente. La cuestión es otra: basta que el problema se plantee tan claramente con respecto a algunos Estados para que la cuestión de supervivencia de un «constitucionalismo centrado en el Estado», como *premisa teórica básica de la ciencia del derecho constitucional*, surja legítimamente. Es que, al menos en cuanto a esos Estados, la ambición de limitar el poder político –sometiéndolo a una eficaz disciplina jurídica– deja de ser factible por el simple hecho de que, *con respecto a ellos*, la base del poder se ha desplazado «hacia fuera».

si se formulara con éxito el problema que ha de resolver: el de saber si las técnicas y doctrinas del constitucionalismo serán eficazmente aplicables en espacios «más amplios» que los espacios estatales.

La verificación de que este problema existe, y la afirmación de que la ciencia del derecho constitucional se deberá ocupar especialmente de él, no se confunden con la actitud irracional de Pangloss ante un mundo en ruinas. Resultan, más bien, de la lógica de la siguiente aserción: la superación de la estricta dimensión estatal sobre la cual se construyó hasta ahora toda la ciencia del derecho constitucional obliga a realizar cambios en el modo de concebir esta ciencia una vez que *no está demostrado que la fragilidad de las constituciones nacionales*, provocada por el fenómeno de la desterritorialización de las formas de domino, *conduzca necesariamente a la irrelevancia constitucional de los Estados*. Estos últimos, cuando se incluyen en espacios territoriales más amplios (las «constelaciones posnacionales» de las que habla Habermas), podrán continuar siendo constitucionalmente relevantes. Así, las tareas relativas a la cuestión de saber qué espacios serán esos, cuáles las formas adecuadas para su identificación, de qué modo serán eficazmente aplicables en ellos las técnicas y doctrinas del constitucionalismo formarán, en conjunto, las tareas que deberán emprenderse por una nueva ciencia del derecho público.

Que estas tareas, de algún modo, ya fueron iniciadas se demuestra por la aparición, en los últimos tiempos, de una profusión de neologismos o de nuevas expresiones que tienen como étimo fundador el término «constitución» y sus derivados. Tomemos como ejemplo la palabra «neoconstitucionalismo», surgida a finales de la década de los 90²³, o también las expresiones «interconstitucionalidad»²⁴, «transconstitucionalidad»²⁵, «constitucionalismo multinivel»²⁶, o, simplemente, el desafortunado término «constitucionalización» que ha sido aplicado a las más variadas áreas del derecho, incluyendo la del derecho internacional público²⁷. Todas estas expresiones denotan la tendencia contemporánea de hacer expandir el constitucionalismo fuera de su área primigenia que es el Estado. A medida que este último se va desvaneciendo como epicentro teórico de la «constitución» se van buscando otros refugios para conservar, así, la fuerza prescriptiva del constitucionalismo moderno.

Este efecto penetrante del «constitucionalismo» –que formará también él una realidad *líquida*, que se filtra por canales antes estancos y ahora intercomunicados– ha empezado, además, a implicar la disolución de fronteras entre disciplinas que se creían correctamente establecidas: por un lado, la frontera que separaba el derecho constitucional del derecho constitucional comparado; por otro, la frontera que separaba el derecho constitucional del derecho internacional público.

23. S. POZZOLO, «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», *DOXA* 21-II (1998), págs. 339-353.

24. L. PIRES, *Direito constitucional Comum Europeu?*

25. M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009.

26. I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism in the European Union», *European Law Review*, XXVII (2002), 5, págs. 511 y ss.

27. J. HABERMAS, «Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance», *The Divided West*, Ciaran Cronin ed., Polity, Malden, M.A., 2006, págs. 115 y ss.

2. LA FUERZA EXPANSIVA DEL CONSTITUCIONALISMO: EL «NUEVO» DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

A principios de la década de los sesenta del siglo pasado un eminente comparatista, Manuel García Pelayo, definía de este modo el objeto de la disciplina de derecho constitucional comparado: «*Derecho constitucional comparado*, cuya misión es el estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales positivas (pero no necesariamente vigentes) de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre varios Estados o entre grupos de Estados»²⁸.

Cincuenta años después de esta definición –que acentúa como objeto principal del estudio comparativo, el descubrimiento de las «singularidades» y de los «contrastes» existentes entre las «normas jurídico-constitucionales positivas (pero no necesariamente vigentes)» de «varios Estados o de grupos de Estados»– ya no convence. Entre tanto –especialmente a partir de 1989, y en el corto espacio de apenas algunas décadas–, fueron sancionadas en el mundo tantas nuevas constituciones que, con ellas, el horizonte de la comparación en el derecho constitucional cambió definitivamente. Normalmente, se asocia a ese año (de 1989) el inicio de la impetuosa modificación histórica a la que llamamos «globalización», y que habrá implicado la desaparición del Estado como presupuesto lógico e histórico del constitucionalismo moderno. Con todo, y paradójicamente, fue también a partir de ese año cuando se comenzaron a ejercer nuevos poderes constitucionales por el Estado, inspirados en el «programa» constitucional de la modernidad pues todos ellos están destinados a conformar órdenes jurídicos nacionales sustentados en la división de poderes y en la garantía de los derechos.

El fenómeno ocurrió a una tan vasta escala que superó, en cifras, todo cuando hasta entonces se había conocido desde finales del siglo XVIII y hasta el inicio de la década de los ochenta del siglo XX. Incluyó las constituciones de las nuevas democracias de Europa central y oriental, muchas de ellas sancionadas entre 1989 y 1992, la constitución sudafricana de 1996, la constitución colombiana de 1991 y la constitución brasileña de 1998, por dar sólo algunos ejemplos. La intensidad de las consecuencias que de ello se derivaron no pueden ser ignoradas. La *convergencia* sustancial de los sistemas constitucionales nacionales en la estructuración de los poderes y en la garantía de los derechos es hoy, cualquiera que sea la conclusión a la que se llegue, un *dato de facto* de tal calibre que hay quien no duda en usarlo para sostener la idea de una «inevitabilidad de la globalización del derecho constitucional»²⁹. Con referencia a esta circunstancia, se ha verificado desde entonces la formación gradual de una especie de comunidad epistémica (una comunidad de saber) global que se compone de juristas provenientes de sistemas constitucionales nacionales cada vez más diversos y numerosos. En general, los miembros de esta comunidad procuran observar los

28. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, 7.ª ed., pág. 20.

29. M. TUSHNET, «The inevitable globalization of constitutional law», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, Issue I, págs. 985-1006 [pág. 987: «(...) I use the term "globalization" of constitutional law to suggest convergence among national constitutional systems in their structures and in their protection of human rights (...) I refer to convergence and occasionally harmonization, but not to uniformity»].

«otros sistemas», no para descubrir en ellos las «diferencias» y los «contrastes» que separa cada ordenamiento sino para encontrar en ellos inspiración para la resolución de problemas que, siendo de ámbito doméstico, ya se plantearon o están a punto de abordarse, en términos prácticamente idénticos, en otros lugares. Doy, una vez más, sólo algunos ejemplos. La Asociación Internacional de Derecho Constitucional (<http://www.iacl-aide.org/en/>) está hoy presidida por un jurista colombiano –antiguo presidente del Tribunal Constitucional de su país– y cuenta con un «comité ejecutivo», compuesto por más de cincuenta miembros oriundos de los cinco continentes, que se reúne dos veces al año. En 2015 las dos reuniones tuvieron como objeto la «separación de poderes» y la «deuda soberana a la luz del derecho constitucional y del derecho internacional»³⁰. Los respectivos resultados y relatorios están disponibles para consulta pública³¹. Además de ello, desde 2003 se publica regularmente ICON (International Journal of Constitutional Law). La SIPE, *Societas Iuris Publici Europaei*, se reúne una vez al año y publica los resultados de cada reunión³². Y la Comisión Venecia, que funciona en sede del Consejo de Europa, se reúne, trata y divulga datos sobre la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los más diversos puntos del mundo³³.

La práctica de este «constitucionalismo comparado» no es improductiva ni inócua. A través de él se establecen canales de influencia recíproca (hay quien habla en este aspecto de «fertilización cruzada») que conforman o pueden venir a conformar derechos nacionales, sea en su vertiente legislativa, constitucional u ordinaria, sea en su concreción jurisprudencial. Una vez más algunos ejemplos, además muy expresivos. Es cierto que la transición constitucional sudafricana que culminó con la aprobación de la Constitución de 1996, ya referida, nunca habría sido posible sin el apoyo «técnico-jurídico» que en aquel momento fue dispensando a las autoridades locales por la Comisión Venecia, que se encargó de reunir y de organizar las contribuciones aportadas por expertos venidos de los más diversos puntos del planeta³⁴. Como también parece cierto que la creación del nuevo Tribunal Supremo del Reino Unido habría sido inspirada, e incluso determinada, por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa al sentido que ha de atribuirse al «derecho a un proceso judicial justo»³⁵. Como, finalmente, cierto es también que la profunda transformación que sufrió el derecho constitucional francés desde la revisión constitucional de 2008, con la introducción de la nueva *question préalable de constitucionalité* –que completó el proceso de judicialización del Consejo Constitucional–, no habría ocurrido si no fuera

30. El 28 y 29 de mayo de 2015, en Johannesburgo, tuvo lugar la discusión sobre el tema «The “new” separation of powers. Can The Doctrine Evolve to meet the 21st. Century Context?». Y el 13 y 14 de noviembre, en Atenas, se produjo la discusión sobre el tema «The Sovereign Debt revisited by Constitution and International Law».

31. <http://www.iacl-aide.org/en/events/forthcoming-events/250-iacl-round-table-13-14-november-2015>, y también <http://www.iacl-aide.org/en/events/previous-events>.

32. <http://www.sipe-online.eu/>.

33. http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Constitutional_Justice&lang=EN#Bulletin%20of%20Constitutional%20Case-Law.

34. Sobre este proceso de transición, véase, por ejemplo, *Costituzionalismo e giustizia de transizione*, de A. LOLLINI, Il Mulino, Bologna, 2005.

35. TUSHNET, ob. cit., pág. 990.

por la importancia determinante que adquiriera en territorio francés la aplicación de la Convención Europea de los Derechos Humanos por parte de los tribunales ordinarios³⁶. Estos ejemplos son más expresivos porque se sitúan al margen del derecho de la Unión Europea y de sus relaciones con los derechos nacionales. Pero formando estas relaciones un campo por excelencia propicio para hacer efectiva las «fertilizaciones cruzadas» o para la existencia de influencias recíprocas entre diferentes ordenamientos constitucionales nacionales, los problemas específicos que las mismas plantean exceden demasiado del tema que aquí pretendo abordar. No obstante, es posible demostrar que las fronteras de las disciplinas clásicas que distinguían el estudio del «derecho constitucional», por un lado, y la «comparación», por otro, comenzaron claramente a diluirse sin acudir para ello al ejemplo particularísimo que constituye el proceso de integración europea. Fenómeno, además, que es bien visible.

3. LA FUERZA EXPANSIVA DEL CONSTITUCIONALISMO: LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Saber si es o no posible emplear términos propios de la dogmática del derecho constitucional para *describir* la situación presente de la disciplina jurídica relativa a la comunidad internacional es una cuestión de tal modo compleja que no me atrevo, evidentemente, a abordarla como tal³⁷. En los estrechos límites de este artículo procuro sólo dar noticia de las *condiciones* en que ha sido empleada la expresión «constitucionalización» del Derecho Internacional Público y del modo en el que el uso de la expresión puede denotar –tal como el uso de otros neologismos ya referidos– la existencia de una tendencia contemporánea para la disolución de las fronteras entre disciplinas que antes se creían perfectamente establecidas.

La función tradicional del Derecho Internacional Público es la de regular las relaciones entre los Estados. Cuando se habla del posible fenómeno de su actual «constitucionalización», o de la posible existencia de un «constitucionalismo internacional», que vemos desarrollarse delante de nuestros ojos como consecuencia de la llamada «globalización», no se está hablando de la «constitucionalización» de un orden mundial. Ésta, definitivamente, no existe. Y saber si una constitución puede venir a existir en el futuro, o si será siquiera deseable su existencia, es un tema que interesará muy legítimamente a otros, pero no a quien procure entender el estado actual de la evolución del derecho. Por otro lado, el uso del desacertado término («constitu-

36. M. CATABRIA, «La Fortuna del Giudizio di Costituzionalità in via incidentale», en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, Edizioni Scientifica Italiana*, (2014), págs. 27-53 [42]. Una vez que los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, a partir de su publicación, autoridad superior a la de las leyes (artículo 55.º de la Constitución francesa), los ciudadanos franceses ya podían recurrir a la jurisdicción ordinaria y administrativa para obtener la tutela de los derechos de la Convención (y derechos previstos por otros tratados internacionales), lo que podría implicar una aplicación de la ley contraria al tratado por parte del juez de la causa. Más allá de la inseguridad que de ello se derivara, el contraste con la tutela dada a los derechos consagrados en la Constitución francesa no podía ser mayor, toda vez que el derecho interno no preveía para ellos ningún control judicial. Por eso la reforma de 2008 confirmó la intención de remediar la disparidad de poderes atribuidos al juez –existentes con respecto al derecho europeo e internacional, e inexistentes en cuanto al derecho nacional–.

37. Sobre el tema, recientemente, R. MEDEIROS, ob. cit., especialmente, págs. 247 y ss.

cionalización») ni siquiera implica –como podría a primera vista sugerirse, dado el inmediato alcance de la expresión que se adopta– creencia alguna en una progresiva marcha histórica que se dirigiría a la unificación del mundo en torno a una sola *imagen* constitucional. Con el uso de esta expresión pretende obtenerse un efecto bastante más modesto, que abarca simplemente la necesidad de destacar el siguiente hecho. Si la función propia del Derecho Internacional Público es la de regular las relaciones entre los Estados, la «globalización» impulsa esta función –que continúa ocupando su posición principal– hacia otra, de naturaleza *complementaria*, que en cierto sentido es de índole constitucional³⁸.

Aquí, el vocablo «constitucionalismo» es usado en sentido parcial. No incluye ningún significado relativo al ejercicio del *pouvoir constituant*, o relativo a la doctrina de la *fundación* del poder político legítimo. Solo incorpora la referencia a la doctrina de los *límites* que son fijados por el derecho para el ejercicio de ese mismo poder y a sus diferentes apariencias. Su uso está legitimado por una simple verificación: a partir del momento en que los diferentes sistemas constitucionales nacionales van convergiendo en el reconocimiento común de ciertos valores, particularmente aquellos que hacen referencia a la necesidad de garantizar la observancia de las libertades y de los derechos individuales (contribuyendo, en el sentido que acabamos de ver, a la «globalización» del derecho constitucional), la comunidad internacional, formada por los Estados, va siendo permeada por un *nivel de normatividad*, dotado en los últimos años de intensidad creciente, que se hace independiente de pertenencias locales, porque tiene como núcleo al individuo³⁹. Siendo ese *nivel de normatividad* aceptado o reconocido por los propios Estados (pero, por las razones ya vistas, independiente de los mismos), su función ordenadora de la comunidad internacional será de índole *constitucional* en la exacta medida que vale como expresión de un cierto proyecto de vida colectiva, orientada pacíficamente en torno a una noción compartida del bien común. Este es el sentido en el que Christian Tomuschat propone que el concepto «*völkerrechtliche Nebenverfassungen*» (constituciones paralelas de derecho constitucional) sea aplicado a los más importantes tratados de derechos humanos⁴⁰. Estos tratados funcionarían como «constituciones paralelas» en la medida en que su contenido, al penetrar en cada ordenamiento constitucional nacional –sea para vincular al respectivo poder legislativo, sea para hacer depender de él la interpretación de las normas constitucionales internas–, vendría a integrar o a completar los textos constitucionales de cada Estado.

En esta acepción, la «constitucionalización» del Derecho Internacional es también el resultado del mismo fenómeno que origina la formación del «nuevo» derecho constitucional comparado –la convergencia de los diferentes sistemas constitucionales nacionales en el reconocimiento común del mismo acervo sustancial de valores–. Sólo que, en esta ocasión, la «interconstitucionalidad» no es conducida por comunidades epistémicas, compuestas por *expertos*, o diseñada a partir de los «diálogos» entre

38. A. VON BOGDANDY, «Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany», en *Harvard International Law Journal*, 47 (2006), págs. 223-242. BOGDANDY remite, aquí, especialmente, a la obra de Christian TOMUSCHAT (ver *infra*, nota 43), en relación con HABERMAS (nota 28).

39. BOGDANDY, ob. cit., pág. 225.

40. BOGDANDY, ob. cit., pág. 227.

jurisdicciones. Es conducida por las cartas internacionales de derechos humanos, dotadas cada vez de más *sentido y efectividad*. En palabras de Tomuschat: «[t]he fact that the international community is progressively moving from a sovereign-centered to a value-oriented or individual-oriented system has left deep marks on its scope and meaning [del derecho internacional de los derechos humanos]»⁴¹.

Es cierto, sin embargo, que toda esta modificación, al centrarse en la idea de que los derechos humanos pueden y deben ser entendidos como «valores» constitucionales, siendo actuados entre otros por el poder judicial, no deja de abrir un nuevo y complejo problema, al cual, a modo de conclusión, también me referiré.

4. «NEOCONSTITUCIONALISMO» Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Cuando fue formulado por primera vez⁴², el término «neoconstitucionalismo» pretendía referirse a una corriente contemporánea de pensamiento que defendería, en lo esencial, una misma concepción del derecho. Formarían parte de esta corriente autores como Ronald Dworkin⁴³, Robert Alexy⁴⁴, Gustavo Zagrebelsky⁴⁵, y, en cierta medida, Carlos Santiago Nino⁴⁶. La corriente fue denominada como «neoconstitucionalismo» porque la concepción común del derecho compartida por aquella vendría a tener implicaciones basadas en la teoría de la constitución, repercutiendo por eso en la defensa de ciertos métodos de interpretación constitucional.

Muy sucintamente, los postulados compartidos por esta corriente de pensamiento se resumirían en cuatro puntos fundamentales. (i) La visión del ordenamiento jurídico no sólo compuesto de «normas», sino de *reglas y principios*; (ii) La defensa de la tesis según la cual los *principios* requerirían un método interpretativo y de aplicación propio, integrado por la *ponderación* y no por la subsunción; (iii) Una concepción «sustancial» o «material» de la constitución, de acuerdo con la cual ésta se impondría al legislador como parámetro de validez de las demás normas del ordenamiento, no por razones formales (como, por ejemplo, aquellas defendidas por el neopositivismo kelseniano) sino por incorporar valores morales fundamentales transformados en derecho positivo a través de las declaraciones de derechos; (iv) Una cierta concepción del poder judicial, favorable en teoría a la interpretación *creativa* de la constitución y al poder conformador de la jurisprudencia. Esta suma de postulados, que pueden ser sintetizados en cuatro máximas –*principios versus normas; ponderación versus subsunción; constitución versus poder legislativo; jueces versus legislador*⁴⁷–, tuvo, a

41. C. TOMUSCHAT, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a new Century, General Course on Public International Law*, REUEIL DES COURS, 10, 25 (1999), pág. 227.

42. Cfr. *supra*, nota 24.

43. *Freedom's Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

44. *Begriff und Geltung des Rechts* (3.ª edición, 2016, de Verlag Karl ALBER).

45. *Il Diritto Mite*, Einaudi, Turín, 1992.

46. *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven/London, 1996.

47. Empleo aquí los términos usados por S. POZZOLO en el artículo original, referido en la nota 23, págs. 340-341.

pesar de la extrema exigencia de sus premisas filosóficas, una profusa difusión, dando origen a múltiples e incontrolados usos del término «neoconstitucionalismo»⁴⁸. Desafortunadamente, no podré ahora extenderme mucho sobre el tema. El único dato que en este momento creo que debe ser mencionado es que tal profusión, que habrá venido a producir consecuencias en ciertas prácticas judiciales⁴⁹, tuvo como efecto reabrir uno de los problemas centrales con que el «constitucionalismo» se enfrentó desde su afirmación histórica, a saber, el de los términos de su relación con el principio democrático. ¿Hasta dónde puede llegar la acción del derecho en la ordenación de la vida democrática? ¿Cuáles son sus límites? ¿Qué correcciones puede el constitucionalismo y su propia racionalidad imponer a los resultados de la voluntad popular?

Las jurisdicciones constitucionales fueron inicialmente pensadas para ser instancias de resolución de problemas emergentes en los ordenamientos jurídicos complejos⁵⁰. Sin embargo, con la percepción difusa de los postulados que acabo de resumir, tales jurisdicciones pasaron a ser instancias de resolución de problemas *morales* complejos. Entiendo aquí como problemas *morales* todos aquellos que, refiriéndose a la interpretación de las normas de las constituciones que integran las respectivas declaraciones de derechos, implican decisiones de razón pública que, si no se presentan como dadas o claras en un marco de razonable divergencia en cuanto al sentido que se deduce (como indica el artículo 2.º de la Constitución portuguesa) del «pluralismo de expresión y organización política democráticas».

Los ejemplos son más que conocidos. ¿Debe el derecho a la vida ser interpretado, con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, prohibiendo o autorizando la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo? ¿Qué respuesta debe darse, en el marco de ese derecho, pero también en el ámbito del principio de la dignidad humana, a los problemas acuciantes relacionados con la eutanasia o con la llamada muerte asistida? ¿Qué solución debe darse a los distintos problemas planteados en el vasto campo de la bioética? ¿La institución del matrimonio, aceptado y protegido por los textos constitucionales, tiene un núcleo irreductible que no está a disposición del legislador ordinario? ¿Forma parte de ese núcleo un *concepto constitucional de matrimonio* que excluye la licitud de la aplicación de la institución a personas del mismo sexo? ¿Cómo entender, en el contexto de crisis económica y de *détresse* financiera del Estado, el «acquis social», concebido como un nivel de protección ya alcanzado por los derechos sociales en ciertas comunidades políticas? ¿Será ese nivel de protección intangible por imperativo constitucional? La lista de problemas –que constituyen, de acuerdo con la definición que he ofrecido, *cuestiones de razón pública*

48. Sobre esta profusión véanse las dos excelentes obras colectivas organizadas por M. CARBONELL, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, y *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 4.ª ed., 2009.

49. Me refiero, por ejemplo, a las decisiones del Supremo Tribunal Federal brasileño en materia de derechos sociales, en las que el Tribunal llega a determinar cuántas camas debe tener un determinado hospital o de qué modo el dinero de cierta municipalidad debe ser gastado –ordenando la demolición de una estatua y la construcción de una escuela–.

50. Para fundamentar y esclarecer esta afirmación, me permito remitir a mi trabajo «O modelo europeu de justiça constitucional», en *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Mauricio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 1025-1040.

con una profunda carga moral—, es hoy inmensa. Y todas ellas pueden ser entendidas como cuestiones de interpretación de las normas constitucionales relativas a las declaraciones de derechos, cuya resolución cabe —de acuerdo con la difusión acrítica de los postulados del neoconstitucionalismo— a las jurisdicciones constitucionales.

Creo que ante este estado de cosas no es incorrecto decir que, al contrario de lo que se fue trazando a partir de la teoría del Estado de derecho en sentido material —teoría que cimentó la expansión del fenómeno de la justicia constitucional por todo el mundo⁵¹—, el problema de la conciliación entre democracia y constitucionalismo, entre *demos* y *logos*, vuelve a reabrirse. Más exactamente, vuelve a plantearse la cuestión de saber hasta dónde puede el derecho imponer correcciones a los principios democráticos y todo lo que ello implica. Desde luego, las correcciones al diálogo que debe tener lugar en el espacio público, entendido como espacio de mediación entre la sociedad y el Estado, en el que se presentan, se confrontan, se unen y separan las fuerzas sociales que tienen diferentes respuestas frente a los problemas *morales* que se relacionan con los caminos de la razón pública. Los tribunales (y los tribunales constitucionales), como órganos de derecho, existen y deliberan en otro espacio que no es éste. La pregunta que surge es, pues, si los medios de que disponen los órganos jurisdiccionales, y que son los medios propios y exclusivos del derecho y del proceso judicial, están en condiciones de garantizar, por su propia naturaleza y en relación con esas cuestiones *morales*, una cualidad de deliberación superior a la que resulta del proceso de diálogo que se desarrolla, desde luego, en el espacio público y que continúa en las asambleas representativas y en los instrumentos de deliberación de los que éstas disponen.

51. Véase *supra* nota 3. Al inicio de ese texto, aclaré que partía de la premisa según la cual los términos «constitucionalismo» y «Estado de derecho en sentido material» eran sinónimos. En este sentido, las jurisdicciones constitucionales se fueron expandiendo por todo el mundo, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, como instancias últimas de realización del *Estado de derecho*, o, lo que entiendo que es el mismo, del ideario del constitucionalismo.