

# LOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

**Giuseppe Franco Ferrari**  
*Università Bocconi (Milano)*

## Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. POPULISMO Y PARTIDOS ANTISISTEMA. III. EL PROBLEMA DE LA INMIGRACIÓN. IV. EL PAPEL ACTUAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. V. EL FUTURO DE LOS ORDENAMIENTOS COMPUESTOS. VI. BIODERECHOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

---

5

## RESUMEN

El ensayo aborda, con la ayuda de varias disciplinas, algunos de los principales desafíos que el constitucionalismo contemporáneo debe enfrentar. El primer punto examinado es el relativo a la respuesta de los sistemas legales al populismo y los partidos antisistema, también analizado desde el punto de vista de la ciencia política. Posteriormente, se presenta el tema relacionado con la inmigración, ilustrando los enfoques teóricos que han estudiado el problema, incluyendo el filosófico y sociológico, y una visión general de las medidas tomadas por algunos Estados europeos. El tercer reto tiene que ver con el tema de la creatividad judicial y el uso del derecho extranjero por parte de jueces constitucionales, con especial atención a la experiencia de los Estados Unidos y a la doctrina italiana. El penúltimo desafío investigado es el del futuro de las tensiones entre la unidad y la diferenciación, tanto dentro de los Estados como en el contexto de organizaciones como la Unión Europea. Finalmente, el artículo presenta una visión general de los problemas relacionados con el bioderecho y la inteligencia artificial.

### Palabras clave:

Constitucionalismo; partido antisistema; inmigración; creatividad judicial; Estados compuestos; bioderecho; inteligencia artificial.

## ABSTRACT

### THE CHALLENGES OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

The essay addresses, with the help of various disciplines, some of the major challenges that contemporary constitutionalism is called to face. The first point concerns the response of the legal systems to populism and anti-system parties, also in the perspective of political science. Subsequently, the Author focuses on the immigration issue, illustrating the theoretical approaches to the problem, and offers an overview of the measures taken by some European States. The next challenge concerns the topic of judicial creativity and the use of foreign law by constitutional judges, with particular attention to US experience and Italian doctrine. Another point regards the present and future tensions between unity and diversity, both within the States and in the context of supranational organizations such as the European Union. Finally, the article contains an overview of issues related to biolaw and artificial intelligence.

### Key Words:

Constitutionalism; anti-system party; immigration; judicial creativity; composite States; bio-law; artificial intelligence.

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día se da por sentado, por lo menos en Europa, que el derecho constitucional consista en una “composición abierta” de principios fundamentales, cuyo contenido se determina dinámicamente a través de un incesante equilibrio de valores, por lo menos en el campo de los derechos. En otras palabras, el núcleo esencial de valores se define mediante una adaptación recíproca y una constante determinación de los límites respectivos. Los tribunales constitucionales representan el corazón de ese proceso dialéctico, que involucra la sociedad entera en algo como un esfuerzo colectivo a nivel discursivo. Igualmente está adquirido, de nuevo por lo menos en Europa, que la interpretación constitucional no resulta de parámetros formalistas fundados en un enfoque rígidamente positivista o en procedimientos lógicos dogmáticamente cerrados, vacíos de contenidos evaluativos. Todo eso desde hace algunos años se acostumbra llamar nuevo constitucionalismo<sup>1</sup>.

Esta concepción del constitucionalismo ha añadido complejidad a la teoría del estado, que ya había vivido, a lo largo del siglo XX, varios momentos de crisis, cada vez que las tareas asignadas al estado mismo en los diferentes ciclos sociales y económicos quedaban sobrepasadas o absorbidas por otras nuevas. Según Carl Schmitt<sup>2</sup> las dictaduras del segundo cuarto del siglo XX habían causado el tránsito del Estado a lo político; más tarde, el advenimiento del estado social de derecho se había temperado con el tránsito a lo económico; después de 1989 se ha afirmado una era de los derechos. Las teorías sociológicas y jurídicas del estado, desde Gumplowicz<sup>3</sup> a Weber<sup>4</sup>, desde Kelsen<sup>5</sup> a Burdeau<sup>6</sup>, siempre han tratado, siguiendo esta vía, de conciliar las ideas de estado y de constitución, mientras que ambo eran golpeados por olas de crisis<sup>7</sup>.

A comienzos del siglo XXI varios desafíos contrarrestan los fundamentos de la democracia en su presente conformación. Algunos de esos retos son heredados de anteriores modelos de estado, a veces agravados en el contexto contemporáneo; otros son relativamente nuevos y se manifiestan en formas desconocidas o poco conocidas. Algunos son verdaderas patologías estructurales; otros parecen enfermedades temporáneas, eliminables con moderados esfuerzos. Algunos, al final, pueden ser iatrógenos, surgiendo de la terapia de problemas anteriores, que se han resuelto en todo o en parte, pero han concurrido en generar otros diferentes, inesperados y tal vez mas graves.

7

1 En la amplísima doctrina sobre este tema, vid. por ejemplo J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort del Meno, 1996 and *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Fráncfort del Meno, 1992; R. ALEXÝ, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, 1986; R. DAHL, *On Democracy*, Yale, University Press, 1998; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; G. ZAGREBELSKY, "Diritto per valori, principi o regole (a proposito della dottrina dei principi di R. Dworkin)", *Quaderni fiorentini di storia del pensiero giuridico*, vol. 31, n°2, 2002, pp. 888 y ss.; T. MAZZARRESE (Ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, 2002; A.A. CERVATI, "A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale", *Diritto pubblico*, 2005, pp. 707 y ss., así como vid. P. HÄBERLE, "Stato costituzionale", *Enciclopedia giuridica*, vol. XXX, 2000; P. COMANDUCCI, *Constitución y teoría del derecho*, México, 2007; A. HURRELL, *On Global Order. Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford, 2007; G. PINO, "Principi, ponderazione, e la separazione di diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, pp. 965 y ss., G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo, Enciclopedia del Diritto, Annali*, III, 2017.

En la doctrina estadounidense, muchos autores han enfatizado la importancia de la protección de los derechos en el nacimiento y el desarrollo del constitucionalismo global: vid. por ejemplo S. CHOUDRY, "Globalisation in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, n° 74, 1999, p. 819; C. MCCRUDDEN, "A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n° 4, 2000, p. 499; D.S. LAW, M. VERSTEEG, "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism", *California Law Review*, n° 99, 2011, p. 1163.

2 Vid. C. SCHMITT, *Der Begriff der Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin, 1963.

3 Sobre todo L. GUMLOWICZ, *Die soziologische Staatsidee*, Innsbruck, 1902.

4 Vid. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922.

5 Vid. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.

6 Vid. G. BURDEAU, *La sobreviviente de l'idée de constitution*, Paris, 1956 y *Sur l'État*, Paris, 1970.

7 Vid. por ejemplos los agudos comentarios de E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milán, 2006; G. FOLKE SCHUPPERT, *Staat als Prozess. Eine staatsrechtliche Skizze in sieben Aufzügen*, Frankfurt a.M., 2010; Ch. MÖLLERS, *Staat als Argument*, Tübingen, 2013; J. Ph. THURN, *Welcher Sozialstaat? Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtlehre 1949-1990*, Tübingen, 2013.

## II. POPULISMO Y PARTIDOS ANTISISTEMA.

Una reseña de los retos del constitucionalismo actual solo puede empezar por el populismo y los partidos antisistema, problema que desde el comienzo del nuevo milenio está afectando muchos ordenamientos en Europa, en América y hasta en Asia.

El enfoque más orgánico es el de Sartori<sup>8</sup>, que identifica como antisistema el partido cuya acción de oposición tiene la intención de modificar no al gobierno, sino al sistema de gobierno, cuyo conjunto de valores es diferente del orden político en el que opera, que se aleja ideológicamente de la cultura política predominante hasta el punto de representar una contra-ideología más o menos orgánica. Sin presentarse necesariamente como revolucionario, el partido antisistema tiende a debilitar la legitimidad del régimen al que se opone, caracterizando su propia acción y su propia propaganda por un potencial de deslegitimación<sup>9</sup>. El impacto en este sentido puede ser ideológico o territorial (espacial), en el primer caso con el objetivo de derrocar a las instituciones políticas, en el segundo caso con el objetivo de la secesión<sup>10</sup>.

La matriz del partido antisistema tiene sus raíces en el terreno de la antipolítica o del populismo, cuyas manifestaciones periódicas, al menos en algunos sistemas políticos, están extremadamente diversificadas, hasta el punto de ser no susceptibles de ser incluidos en una clasificación sistemática. De hecho, estas manifestaciones van desde meros estilos retóricos o intentos de dirigir la opinión pública hacia enfoques críticos con la democracia representativa o con las técnicas de selección de las élites políticas o con institutos específicos hasta estrategias de colonización de la política o de eliminación total de los modelos existentes<sup>11</sup>.

La ciencia política ha distinguido entre versiones relativas y absolutas, activas o pasivas de la antipolítica, en función de si las primeras tienen como objetivo eliminar o corregir algunas deformaciones institucionales o si manifiestan y dan voz, las segundas, a una hostilidad perjudicial hacia la democracia, tratando de deslegitimarla totalmente y negándose a competir en las formas tradicionales de participación. En realidad, formulaciones de este tipo se colocan en una especie de plan común, donde las diferencias son a menudo esquivas y la hibridación de los modelos es continua, mientras que las sistematizaciones sobre una base cualitativa son todavía imposibles y las categorías utilizadas son siempre las desarrolladas a lo largo de los años '80<sup>12</sup>. El esquema común se describe generalmente como sigue: la identificación de uno o más temas socialmente relevantes, percibidos como una fuente de injusticia intolerable y de factores relacionados con la responsabilidad política y/o personal, e inmediatamente después la traslación del diagnóstico y pronóstico a un marco interpretativo que conecta con creencias generalizadas, aunque no expresadas previamente a nivel político, y los intereses colectivos, permitiendo así una movilización organizativa, a menudo enriquecida por datos históricos o mitologías grupales o territoriales<sup>13</sup>.

8 Vid. G. SARTORI, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Milán, 1982, pp. 83 ss.

9 Ver de nuevo G. SARTORI, *Parties and Party Systems*, op. cit., pp. 132 ss.

10 Ver la elaboración de G. CAPOCCIA, "Anti-System Parties: A Conceptual Reassessment", *Theoretical Politics*, Vol. 14, No. 1, January 2002, pp. 9-35.

11 Las epifanías del fenómeno populista se han estudiado al menos desde principios de los años setenta (ver por ejemplo G. IONESCU, E. GELLNER (Eds.), *Populism*, Nueva York - Londres, 1970 y antes S.M. LIPSET, M. RAAB, *The Politics of Unreason*, Chicago, Ill., 1968, reelaborados en la siguiente década (por ejemplo N. MOUZELIS, "On the concept of populism: populist and clientelist modes of incorporation in semiperipheral politics", *Politics and Society*, n° 14, 1985, y refinado desde principios de los noventa (ver A. SCHEDLER, *Introduction. Antipolitics: Closing and Colonizing the Public Sphere*, Nueva York, N.Y., 1997; P.A. TAGUIEFF, *L'illusione populista. Dall'arcaico al mediatico*, Milán, 2002; Y. MENY, Y. SUREL (Eds.), *Democracy and the Populist Challenge*, Nueva York, N.Y., y *Populismo e democrazia*, Bolonia, 2004; D. ALBERTAZZI, D. Mc DONNELL (Eds.), *Twenty-First Century Populism*, Nueva York, 2008; G.F. FERRARI, "Partiti antipartito e partiti antisistema: nozione e tipologie alla prova del diritto comparato", *Diritto Pubblico Comparato ed Eutopico*, n° 2, 2015, pp. 921 y ss.; M. MANETTI, "Costituzione, partecipazione democratica, populismo", en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Anuario 2017, Nápoles, 2018, p. 3; L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, ibidem, p. 57; J.W. MÜLLER, *What Is Populism?*, Philadelphia, 2016; F. FINCHELSTEIN, *From Fascism to Populism in History*, Berkeley, 2017). Vid. más recientemente el número 2 de 2019 del *German Law Journal*, editado por ROSALIND DIXON. Sin embargo, no se puede olvidar que el fenómeno populista se ha manifestado en Estados Unidos al menos desde finales del siglo XIX, al expresar al menos un candidato para la elección presidencial, William Jennings Bryan, en las elecciones que más tarde ganó McKinsey.

12 Ver especialmente A.O. HIRSCHMANN, *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge, Mass., 1970.

13 El esquema reconstructivo más llamativo sigue siendo el de D.A. SNOW, R.D. BENSON, "Ideology, Frame Resonance and Participant Mobilization", *Research International Social Movement Research*, n° 1, 1988, pp. 197-217 sobre el cual ver después por

En otras palabras, la protesta contra el *establishment* y el ataque a los valores de las *élites* (no necesariamente políticas, sino también burocráticas, económicas, étnicas) se coloran por un lado de matices reaccionarios, mientras que por el otro reclaman conexiones fuertes y genuinas con el pueblo. De este último afirman ser los intérpretes, como portadores de resentimientos generalizados y partidarios de *issues* comunes. El antagonismo con respecto a los grupos dominantes se combina así con el llamamiento a la participación popular, combinado con planteamiento de fórmulas exitosas (el llamado *overpromising*)<sup>14</sup>. La perspectiva presentada de esta manera está caracterizada tanto por el fideísmo como por el pragmatismo, con miras a la participación en competiciones electorales, a las que estos partidos tienden a presentarse como los únicos verdaderamente representativos. No es la democracia lo que se cuestiona, sino el *establishment* y las deformaciones de la misma que se le imputan, con el efecto de cuestionar el uso actual de la soberanía en nombre de su significado diferente y más avanzado. La movilización de consenso en una función antisistema puede conllevar riesgos para la democracia tal como está configurada en las reglas del constitucionalismo codificado, pero al mismo tiempo trata de satisfacer la opinión del ciudadano, o más bien del hombre de la calle, también y quizás especialmente cuando se trata de adaptar las herramientas organizativas y procedimentales del constitucionalismo.

La ciencia política, en realidad, no es del todo compacta en la identificación de los partidos antisistema y el populismo. No pocos autores<sup>15</sup> reservan la primera noción para los sujetos políticos que no aceptan las reglas del juego y que, si tuvieran la oportunidad, reemplazarían completamente al sistema democrático, sin excluir el uso de métodos violentos o terroristas, como las organizaciones neonazis o comunistas extremas. Por otro lado, los populistas estarían al margen del sistema, cuestionando los partidos democráticos tradicionales y su poder, refiriéndose, sin embargo, a los ideales de la democracia, y de hecho reclamando la voluntad de implementarlos de una manera innovadora pero más escrupulosa. En este sentido, el carácter antisistema se atenuaría por el esfuerzo de observar los principios de la democracia, insistiendo al mismo tiempo en modificar las reglas, planteando y cuestionando las disfunciones y la degeneración de los sistemas políticos<sup>16</sup>.

El juicio de los científicos del derecho constitucional y de la ciencia política sobre los populismos y sus relaciones con el constitucionalismo varían mucho, según la evaluación de compatibilidad de la ideología populista con la democracia o al contrario, de probabilidad de transformación del anti-institucionalismo con propensión hacia la dictadura<sup>17</sup>. Por lo tanto, hay quienes piensan que el populismo puede ser un instrumento de redención para contextos caracterizados por una extrema brecha social<sup>18</sup> y, al otro extremo, quienes creen que implica caída de calidad de la vida política, etnocentrismo y neotribalismo<sup>19</sup>. Hay autores que se dedican al elemento retórico del estilo de comunicación, con el que los populistas se refieren al malestar y a la ansiedad de una parte de la sociedad, lamentando la sordera de las élites a las verdaderas instancias del pueblo, presentándose como alternativa al grupo de poder dominante, y utilizando insistentemente bulos en la prensa y en los medios<sup>20</sup>. Otros enfatizan la dimensión menos formal de la crítica anti-establishment, dirigida contra las instituciones por falta de carácter popular, como autoridades independientes, tribunales constitucionales, juzgados, burocracia, tanto doméstica como europea, y a la postre también contra la democracia de los partidos, acusada de no garantizar una adecuada participación, cuando no de corrupción. No faltan los que, por lo menos en Europa, buscan las raíces del populismo en la crítica radical del estado social en nombre de los principios neo-liberales, que ha desempoderado los programas políticos, reduciendo la alternancia de los partidos a un juego meramente procedimental,

---

ejemplo M.A. CONFALONIERI, "Identità, interessi e carisma nei movimenti populistici: la lega Nord e il poujadismo", *Quaderni di Scienza Politica*, vol. 4, n° 1, 1997, pp. 53 y ss.

14 Vid. sobre todo Y. MENY, Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties*, París, 2000. Ver también las contribuciones de M. TARCHI, *L'ascesa del neopopulismo in Europa*, en *Trasgressioni*, vol. XV, n° 1, pp. 3-21, 2000 y Y. PAPAPOPOULOS, *Il nazionalpopulismo nell'Europa occidentale: un fenomeno ambivalente*, ibid., n° 3, pp. 109 y ss.

15 Como Y. MENY, Y. SUREL, *op. ult. cit.*, pp. 240 y ss.

16 Vid. M. Tarchi, *op. ult. cit.*, pp. 16 y ss.

17 Vid. por ejemplo F. FINCHELSTEIN, *From Fascism to Populism in History*, cit., cap. III.

18 Así E. LACLAU, *On Populist Reason*, Londres-Nueva York, 2005.

19 Por ejemplo N. MERKER, *Filosofie del populismo*, Roma-Bari, 2009.

20 Vid. C. SALMON, *La cérémonie cannibale. De la performance politique*, Paris, 2013.

vaciado de contenidos. Los más optimistas confían que el populismo pueda funcionar de estímulo para la corrección de sistemas políticos imperfectos o degenerados<sup>21</sup>.

### III. EL PROBLEMA DE LA INMIGRACIÓN.

Otro reto crucial del constitucionalismo contemporáneo es la solución del problema de la inmigración. A este problema se han dedicado tradicionalmente los historiadores, los historiadores económicos, los demógrafos, mientras que los publicistas lo han descubierto solamente a comienzos de los años '80 del siglo pasado, al principio desde una perspectiva casi exclusivamente doméstica, mínimamente integrada por modestas repercusiones de derecho internacional público. La conclusión de la guerra fría, la explosión demográfica y la diferente distribución de los nacimientos entre Occidente y países en vías de desarrollo, la abolición de la prohibición de emigración desde los estados miembros de la constelación soviética han causado la globalización y la aceleración de los flujos migratorios y su concentración hacia áreas geográficas determinadas.

La respuesta del pensamiento filosófico, politológico y jurídico a la entrada y a la permanencia en el territorio de Estados de antigua democracia de masas de no ciudadanos no ha sido del todo satisfactoria, a pesar de un animado debate en torno a la relación entre asimilación y preservación de las identidades culturales, entre universalismo de los derechos individuales y convivencia de los grupos, entre protección de los derechos humanos y reclamación de soberanía, o de lo que de ella queda después de la globalización, entre derecho a la emigración, limitaciones a la inmigración y derechos de los inmigrados. Este conglomerado de problemas se ha convertido en uno de los asuntos centrales del constitucionalismo, y amenaza con seguirlo siendo por mucho más tiempo.

El pensamiento liberal del siglo XX, hasta en los autores más abiertos a la solidaridad social, nunca ha reconocido un derecho a la inmigración. El primer Rawls, por ejemplo, que construye su modelo de sociedad política en la perspectiva del *encumbered self* o de la *disengaged identity* de la posición originaria, según normas de procedimiento basadas en principios generalísimos de máxima igual libertad y máxima utilidad de las desigualdades, se refiere a mundos social y culturalmente homogéneos, a comunidades cerradas por fronteras<sup>22</sup>. Bruce Ackerman<sup>23</sup>, oponiendo libertad de emigración a limitaciones a la inmigración, aborda el problema de la protección de las instituciones liberal-democráticas, tanto en los países de procedencia, en donde los procesos de convergencia y desarrollo pudieran verse truncados, como en los de destino, por la posibilidad de debilitamiento del conjunto democrático. El segundo Rawls<sup>24</sup>, que admite una justicia más sustancial, con miras a un acuerdo sobre los elementos constitucionales esenciales de una sociedad bien ordenada, gracias al consenso “por intersección” (*overlapping consensus*), utiliza como parámetro de inclusión el recurso a valores de civilización y de razón, y por lo tanto se refiere a una tendencial homogeneidad de los grupos considerados. El último Rawls, el de *The Law of Peoples*<sup>25</sup>, abordando a la cuestión de la ciudadanía en sociedades sujetas al empuje de las etnias, traslada a nivel internacional su modelo liberal-democrático de teoría del estado. Por lo tanto imagina, entre realismo y utopía, algo similar a un contrato social entre pueblos razonables, estados decentes, organizados jerárquicamente pero con elementos de participación, excluyendo los proscritos (*outlaw*) y los canallas. Solo gradualmente le parece posible una ampliación del modelo de justicia hacia el cosmopolitismo, siguiendo los valores-guías de una constitución internacional *in fieri*.

Por otro lado, el pensamiento que en los últimos cuarenta años ha contrarrestado polémicamente la recuperación de la tradición iusnaturalista desde la perspectiva del individualismo ético y metodológico, el

21 Vid. M. CANOVAN, *Trust the People, Populism and the Two Faces of Democracy*, 1999 *Political Studies*, vol 47, nº 1.

22 Vid. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971 y *Lectures on the History of political Philosophy*, Harvard, Mass., 2007.

23 Cfr. *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Conn., 1980.

24 Vid. J. RAWLS, *Political Liberalism*, Nueva York, 1994.

25 Cambridge, Mass. – Londres, 1999.

de los *communitarians*<sup>26</sup>, representado por una constelación de teorías bastante diferenciadas, tiene en común la primacía lógica y axiológica de las identidades colectivas frente a las individuales. Su enfoque holístico se convierte en particularismo, en defensa del relativismo cultural, y reclama las tradiciones y los derechos culturales del grupo para salvaguardar los valores de la identidad con preferencia sobre los derechos de libertad basados en la autonomía individual<sup>27</sup>. Estos autores parten de la idea que la sociedad no consista sencillamente en una suma de individualidades y que el contexto histórico-cultural condiciona la formación de las personalidades de una manera muy acusada. Se llega así a la delegitimación del atomismo social que funda el estado constitucional liberal-democrático buscando lo justo procedimental a expensas del bien ético. Los modelos de comunidad en los que piensan estos autores son varios: el adscriptivo, como en la aproximación inicial de Tönnies<sup>28</sup>, reformulado por Weber en términos de pertenencia afectiva o tradicional<sup>29</sup>; el normativo, que apunta a la valorización de la pureza ética, como en Alasdair McIntyre y Charles Taylor<sup>30</sup>; el constitutivo de relaciones *face-to-face* para limitar los efectos disgregadores del mercado global, como en el planteamiento de Michael J. Sandel<sup>31</sup>, o en función de la valoración de los vínculos típicos de los cuerpos intermedios para la construcción de un orden político como comunidad de comunidades, como en los autores de la segunda generación de *communitarians*, Robert Bellah<sup>32</sup>, Amitai Etzioni<sup>33</sup>, Paul Selznick<sup>34</sup>; quien pretende realizar una integración ética, como Michael Walzer<sup>35</sup>. Todos los comunitaristas se preocupan del conflicto social en la modernidad y en consecuencia buscan valores culturales compartidos, el reconocimiento de la autoconciencia de las comunidades parciales<sup>36</sup>. Se exalta el dato de la identidad, acentuando el sentido de pertenencia a comunidades étnicas o culturales dispersas o a grupos nacionales a escala territorial y enfatizando derechos ejercitables en forma colectiva. Walzer, por ejemplo, considera la comunidad política como un club, al que hay cooptación, mas que a un *neighborhood* sin posibilidad de selección de los nuevos miembros y pide la preservación de los caracteres culturales dentro de las fronteras. Por lo tanto, no se podrá impedir la emigración, pero ella no es simétrica a la inmigración, a menos que los solicitantes de asilo pertenezcan al mismo grupo étnico o cultural.

Los comunitarios optan por la prevalencia del punto de vista de las instituciones estatales sobre el individual, a costa de considerar la homogeneidad del grupo una condición históricamente presupuesta más que un punto de llegada de los procesos democráticos.

Independientemente de las mediaciones e hibridaciones que se han sucedido en las décadas de dialéctica entre las dos escuelas de pensamiento, el resultado por lo que se refiere a la inmigración es bastante parecido. Los liberaldemocráticos se preocupan de tutelar las instituciones y la circularidad virtuosa entre convivencia social pacífica y proficuo ejercicio de los derechos políticos; los comunitaristas de proteger la armonía organicista que deriva de la identidad cultural. Ambo están de acuerdo cerca de la protección de

26 Una armada, en las palabras de A. Sen, "Indian Tradition and Western Imagination", *Daedalus*, n°1, 1997, p. 126. Es suficiente aquí limitarse a citar a los autores anglo-sajones involucrados en la polémica anti-liberal, dejando de lado la recepción alemana del comunitarismo (A. HONNETH, *Kommunitarismus: Eine Debatte über die moralischen Grundlage moderner Gesellschaft*, Fráncfort del Meno, 1993), la francesa, en clave de revisión crítica del marxismo (A. GORZ, *Misères du présent, richesse du possible*, Paris, 1997), y las líneas de pensamiento secundarias, como la ecologista (M. BOOKCHIN, *The Ecology of Freedom*, Palo Alto, California, 1982) o la de los estudiosos de los *critical legal studies* convertidos al comunitarismo (como R. MANGABEIRA UNGER, *Knowledge and Politics*, Nueva York, N.Y., Free Press, 1975).

27 Esas conceptualizaciones en V. PAZÉ, *Il concetto di comunità nella filosofia politica contemporanea*, Roma-Bari, 2002 e ID., *Il comunitarismo*, Roma-Bari, 2004.

28 Cfr. F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, 1887.

29 Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinge, 1922, I, p. 38 de la traducción italiana, Milán, 1995.

30 Cfr. A. MCINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Ind., 1981 y *Is Patriotism a Virtue?* Lawrence, Kan., 1984; C. Taylor, *Sources of the Self*, Cambridge, Mass., 1989 y *The Ethics of Authenticity*, Cambridge, Mass., 1992.

31 Cfr. *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1982.

32 Cfr. *Habits of the Heart. Individualism and Commitment in American Life*, Berkeley, Cal., 1985.

33 Cfr. *Rights and the Common Good: The Communitarian Perspective*, Nueva York, N.Y., 1995.

34 Cfr. *The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of community*, Los Angeles, Cal., 1992.

35 Cfr. *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, N.Y., 1987.

36 Fórmula utilizada por C. TAYLOR, *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton, N.J., 1991.

las fronteras, por lo menos para los pueblos que hayan alcanzado un nivel de civilización adecuado a meter a fruto su modelo social.

El más afortunado de los enfoques intermedios es el de Will Kymlicka<sup>37</sup>. El filósofo político canadiense busca un liberalismo “*difference-friendly*” calificando la *cultural membership* como bien primario objeto de elección personal, enriquecida y diferenciada por la existencia de contextos de aplicación. La ciudadanía multicultural, según el ejemplo canadiense, le parece el modelo resolutorio: algunas tutelas exteriores de los grupos débiles y autóctonos son admitidas, para prevenir los efectos antidemocráticos del *majoritarian principle*, mientras que las restricciones interiores, para proteger el grupo de comportamientos individuales desviados, pueden ser toleradas solamente cuando la supervivencia de la comunidad se encuentre en riesgo. El estado poli-étnico, resultante de la convivencia de naciones culturales, sin embargo, parece solución válida más respecto a realidades históricas consolidadas que respecto a los problemas de la recepción de flujos de inmigrantes y de la condición de los inmigrados.

La politóloga de Yale, Seyla Benhabib<sup>38</sup>, tomando distancias tanto de las teorías redistributivas de la justicia como de la pertenencia identitaria, parte de la fragmentación de la ciudadanía entre desarticulación de la soberanía estatal, ordenamientos supranacionales de área regional y tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, que conducen al resultado de múltiples adhesiones según el método de la red. La doble progresiva desintegración de la ciudadanía, hacia el exterior y el interior, evidencia las tensiones internas al constitucionalismo liberal-democrático entre potencial cosmopolita de los derechos y colectividades estatales legitimadas por su *demos*. Ella propone por lo tanto de conformar la ciudadanía del futuro al través de una sucesión de iteraciones democráticas, en el sentido, formulado por Jacques Derrida<sup>39</sup>, de una progresiva elaboración de significados y contenidos normativos, actuados por procesos interiores a la comunidad estatal, que se define continuamente deliberando políticas de admisión y naturalización, garantizando la fluidez del *demos*, con ajustes recíprocos continuos entre *demos* y *ethnos*.

Frente a la dificultad de identificar un marco ideológico e institucional bastante claro y estable para la cuestión migratoria, no es sorprendente que todos los ordenamientos occidentales hayan encontrado serios problemas en deducir de las respectivas constituciones soluciones normativas adecuadas y duraderas. Las leyes italianas entre 1986 y 2009 son un ejemplo; otros son las leyes orgánicas españolas 4 y 8 de 2000, los decretos franceses de 2007, el *Staatsangehörigkeitsgesetz* alemán de 1999, modificado varias veces hasta 2007, y muchos más. Algunas tendencias significativas son la introducción de formas de asimilación cultural obligatoria<sup>40</sup>, para la construcción de un mínimo patriotismo constitucional<sup>41</sup> en reemplazo de la identidad étnica; la sujeción de la inmigración clandestina a sanción penal; el rechazo a la frontera de los inmigrantes sin papeles o no incluidos en cuotas predeterminadas. Pero por ejemplo la admisión a los derechos sociales varía en los ordenamientos, hasta los europeos, como el acceso al electorado activo en las elecciones municipales. Ni siquiera la jurisprudencia constitucional ha conseguido la sistematización de las regulaciones reconducibles a la entrada y a la condición del extranjero. El tema queda abierto y parece ser uno de los desafíos más importantes de los próximos años<sup>42</sup>.

#### IV. EL PAPEL ACTUAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

Otro asunto muy debatido en la última década es la medida de la creatividad judicial, con especial referencia a los tribunales constitucionales. Cualquier interpretación del constitucionalismo después de Weimar y aún

37 Cfr. *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1991 y *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995.

38 Vid. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, N.J., 2002 y *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004.

39 Vid. *Signature, événement, contexte*, en Id., *Marges de la philosophie*, Paris, 1972.

40 En cuanto a los asuntos tratados en este párrafo vid. G. F. FERRARI, "Relazione conclusiva", en AIC, *Annuario 2009*, Nápoles, 2010, pp. 463 ss.

41 En el sentido de J. HABERMAS, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität, Überlegung zur europäischen Zukunft*, San Gelo, 1991.

42 Vid. recientemente Z. BAUMAN, *Strangers at Our Door*, Cambridge, 2016.



más después de la segunda guerra mundial implica un papel central para los tribunales constitucionales: la que se funda en la razón histórica, empezando por la Magna Charta y pasando por la gloriosa revolución inglesa, las revoluciones americana y francesa y las cartas liberales; la republicana, que se refiere a la vida activa y a la participación del ciudadano; la que configura la constitución como organismo viviente, cuya dimensión material está formada por ideales, valores, intereses, que deben traducirse en la interpretación evolutiva del dato formal<sup>43</sup>; la neo-constitucionalista, que deja el equilibrio de los principios a sabios, expertos, jueces<sup>44</sup>; hasta las teorías del realismo jurídico americano formuladas antes del ciclo de la posguerra<sup>45</sup>.

La inevitable propagación de la conciencia de este estado de cosas ha causado varios tipos de reacciones en la doctrina constitucional de diferentes contextos. En los Estados Unidos la primera resistencia a la primacía de la Corte Suprema fue, a mitad del ciclo de la Corte Warren, después de las decisiones en tema de segregación racial, la teoría de la *"reasoned elaboration"*<sup>46</sup>, que tuvo a Alexander Bickel como fundador y fue el punto de partida de una rica evolución doctrinal. También el *"originalism"* en sus variaciones, normalmente identificado con Robert H. Bork y el Justice Antonin G. Scalia<sup>47</sup>, no es nada más que un intento de reducir la discrecionalidad del juez constitucional a través de la búsqueda del sentido originario de la ley objeto de aplicación judicial.

En Alemania la voz más fuerte de reacción, después del conflicto doctrinal de los años finales de la década de los '30 en tema de interpretación reaccionaria del principio de igualdad formal<sup>48</sup>, ha sido la de Bernd Rüthers<sup>49</sup>, que, siguiendo in parte a Radbruch<sup>50</sup>, lamenta que el juez, gracias a la ausencia de un verdadero método interpretativo, se haya casi clandestinamente transformado en legislador o constituyente, introduciendo el sentido en la ley (*"Einlegung"*) en lugar de revelarlo o extrapolarlo de ella (*"Auslegung"*) y operando una contorsión o un vuelco de valores (*"Umwertung"*) a precio de manipulaciones y trucos metódicos. Este autor se atreve a afirmar que no habría solución de continuidad entre la interpretación de los años del nazismo, los de la DDR y los de la jurisprudencia de Karlsruhe, como todas tienen en común el relativismo lógico y metodológico de los que interpretan la ley.

De nuevo en los Estados Unidos se ha manifestado en los últimos veinte años un pensamiento crítico hacia la preeminencia judicial en el derecho constitucional, empezada por Mark Tushnet, anterior exponente del movimiento *critical legal studies*<sup>51</sup>. Esta tendencia se ha fortalecido cruzándose con los argumentos desarrollados en el debate entre partidarios y adversarios del recurso a la jurisprudencia extranjera y al derecho internacional en las decisiones de los tribunales federales. Esta polémica, como se sabe, tuvo como causa próxima algunas decisiones de la Corte Suprema estadounidense, como *Lawrence v. Texas*<sup>52</sup> y *Roper v. Simmons*<sup>53</sup>, que provocaron un debate entre facciones doctrinales opuestas y jueces de la Corte Suprema favorables, como Breyer, Stevens, Kennedy y Bader Ginsburg, y contrarios, como Scalia, Rehnquist, Thomas y Alito<sup>54</sup>. La causa remota fue sin duda la globalización, que ha contribuido a la diseminación de ideas, principios, institutos, a la circulación y al trasplante de modelos, al fenómeno que la literatura comparatista llama *cross-*

43 La referencia es a C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Pisa, 1940, nueva ed., Milán, 1998.

44 Vid. *supra*, nota 1.

45 Vid. sobre este asunto G.E. WHITE, "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early 19th Century America" *Virginia Law Review*, vol. 58, n° 6, 1972, p. 999.

46 Vid. A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Conn., 1962.

47 Vid. G.F. FERRARI, "Analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore", *Giurisprudenza Costituzionale*, n° 3, 2016, pp. 1191-1216.

48 Vid. el libro de G. VOLPE, *Il costituzionalismo del novecento*, Roma-Bari, 2000, pp. 78 y ss.

49 *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methode. Ein Essay*, Tubinge, pp. 2014-2016.

50 Vid. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1910 ya escribía que el método de la interpretación se va a elegir solamente después de haber fijado el resultado.

51 *Cf. Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, N.J., 1999 y *Weak Courts, Strong Courts. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, N.J., - Oxford, 2008.

52 539 U.S. 558 (2003).

53 543 U.S. 551 (2005). Pero antes ya *Printz v. United States*, 521 U.S. 858 (1997) y *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

54 Un comentario a jurisprudencia y doctrina estadounidenses en ese asunto en G. F. FERRARI, *Legal Comparison within the Case Law of the Supreme Court of the United States of America*, en G. F. FERRARI (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden, 2019.

*fertilization* y en general al enfoque comparatista y a su “potencial subversivo”<sup>55</sup> sobre todo en derecho público. La doctrina que se ocupa de este tema ya es tan enorme que se puede dominar con dificultad<sup>56</sup>.

En América, tras el final de la guerra fría, la cultura jurídica se ha dado cuenta de la existencia en otras partes del mundo de formas de constitucionalismo o de imágenes del derecho occidental parecidas pero diferentes de la propia, que han circulado en dirección no solo horizontal sino también vertical, como en Europa, debido a la evolución de la Unión Europea. Esta sensibilización ha hecho comprender que el orgulloso y algo mesiánico aislacionismo cultural, o, como se ha escrito, el excepcionalismo americano<sup>57</sup> ya no tiene sentido o por lo menos debe ser objeto de una revisión completa. En el resto del mundo occidental la percepción de ese fenómeno ha sido mucho menos problemática, debido a la tradicional atención a ordenamientos como los de Israel, Canadá, Sudáfrica y hasta Yugoslavia y a la costumbre del constitucionalismo multinivel. Sin embargo el resultado es que se ha verificado una osmosis interpretativa que conecta tribunales constitucionales y tribunales supremos de muchos ordenamientos, favorecida por la creación de redes mundiales y continentales organizadas mediante convenios, seminarios, asociaciones, revistas, que han contribuido a crear vínculos y enlaces desconocidos hasta el reciente pasado o mucho menos fuertes<sup>58</sup>. Los comparatistas han elaborado varias clasificaciones del recurso a precedentes de otros sistemas por los jueces constitucionales y supremos: por ejemplo según la presencia o ausencia de cláusulas constitucionales expresas, la génesis del fenómeno (marcado pluralismo y asimetría de los grupos como en Canadá, multilingüismo histórico como en Suiza, transición desde el totalitarismo a la democracia o proceso de descolonización como en Sudáfrica, período de internacionalización forzada como en los Estados Unidos), la clase de derecho citado o mejor el formante utilizado, el número de ordenamientos evocados, el impacto y la función de las citas, y otras diversas taxonomías.

55 Vid. en particular H. MUI-WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, Rev. int. dr. comp., 2000, 503 ss.

56 Vid. por ejemplo, con referencia solo a los libros, B. MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis*, Oxford, 1997; Id., *Always on the Same Path: Essays on Foreign Law and Comparative Methodology*, Oxford, 2001; U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds.), *The Use of Comparative Law by the Courts*, La Haya, Londres, Boston, 1999; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milán, 2001; B. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford, 2003; P. LEGRAND, R. MUNDAY (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass., 2004; G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (Eds.), *Comparative Law before the Courts*, Oxford, 2004; S. FATIMA, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, 2005; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (Eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Nápoles, 2006; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law, A New Source of Inspiration?*, Londres, 2006; S. CHOUDRY (Ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Engaging in Foreign Law*, Oxford, 2009; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; V. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, 2010; S. MULLER, S. RICHARDS (Eds.), *Highest Courts and Globalisation*, La Haya, 2010; C. ESPLUGES MOTA, J.L. IGLESIAS BOUYGUES, G. PALAO MORENO (Eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, 2011; R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG (Eds.), *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Oxford, 2013; T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU (Eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford-Portland, Ore., 2014; R. HIRSCHL, *Comparative Matters, The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014; M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015; G.F. FERRARI (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, op. cit.

Muchos otros volúmenes se ocupan del mismo fenómeno a nivel continental: U. NEERGARD, R. NIELSEN, *European Legal Method – in a Multi-Level EU Legal Order*, Copenhagen, 2011; M. KIIKERI, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Ámsterdam, 2001; M. de S.-O.-I' E. LASSER, *Judicial Transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009; G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010; M. AVBELJ, J. KOMAREK (Eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2011; M. CLAES et al. (Eds.), *Constitutional Conversation in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012; M. BOBEK, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013; J.H. GERARDS, J.W.A. FLEUREN (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgements of the ECtHR in National Case Law: A Comparative Analysis*, Amberes, 2014.

57 Vid. H. HONGU KOH, "On American Exceptionalism", *Stanford Law Review*, n° 55, p. 1479, 2003; J.D. VAN DER VYVER, "American Exceptionalism: Human Rights, International Criminal Justice, and National Self-Righteousness", *Emory Law Journal*, n° 50, p. 775, 2001; S.G. CALABRESI, "A Shining City on a Hill: American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law", *Boston University Law Review*, n° 86, p. 1335, 2006; I. TYRRELL, "American Exceptionalism and Uneven Global Integration: Resistance to the Global Society", en B. MAZLISH, N. CHANDA, K. WEISBRODE (Eds.), *The Paradox of a Global U.S.A.*, Stanford, Cal., 2007.

58 Vid. por ejemplo S. MULLER, S. RICHARDS (Eds.), *Highest Courts and Globalisation*, The Hague, 2010; K. I. KERSCH, "The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary, and the Rule of Law", *Washington University Global Studies Law Review*, n° 4, p. 345, 2005; A.M. SLAUGHTER, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, n° 44, p. 191, 2003.

Este recurso al derecho extranjero en la jurisprudencia constitucional depende en parte de la necesidad de disponer de un punto de apoyo para limitar la discrecionalidad amplísima del juez, sobre todo del constitucional y en el ámbito de los derechos, en donde la técnica de la ponderación deja mayores márgenes de opción. En el derecho estadounidense, en particular, no es fácil distinguir entre doctrinas originalistas, tendencias particularistas o anti-internacionalistas, contraste al recurso al derecho extranjero, que a veces se superponen, a veces se destacan, en un contexto denso de variables culturales muy articuladas. En la literatura anglo-sajona en general, de todas formas, una reacción contra la creatividad de los juzgados constitucionales ha empezado a afirmarse con claridad<sup>59</sup>.

Hasta un pequeño segmento de la doctrina constitucionalista italiana, normalmente fiel al papel de la Corte y respetuosa de sus prerrogativas, ha criticado duramente la creatividad judicial y el método interpretativo de la jurisprudencia constitucional: los más explícitos contra la presumida auto-referencialidad de la jurisprudencia constitucional, invocando una obra de “limpieza conceptual” contra técnicas, como la del control de racionalidad, que privilegian la discrecionalidad evaluativa, han sido Aljs Vignudelli<sup>60</sup> y Agostino Carrino<sup>61</sup>. A esos autores se ha añadido, desde diferentes premisas ideológicas, Luigi Ferrajoli<sup>62</sup>. Aunque favorezca la máxima expansión y protección de los derechos constitucionales, utilizando la categoría de la fundamentalidad en la manera más amplia<sup>63</sup>, Ferrajoli opta por una interpretación cognitiva, y no creativa, del papel de la jurisdicción<sup>64</sup>, critica la ponderación de principios como contraria al principio de legalidad y al de separación de poderes y sugiere que el equilibrio (“ponderación equitativa sencilla” o “comparada”) se refiera a las circunstancias concretas. Esa solución permitiría garantizar la actualidad del positivismo jurídico y sobre todo el reforzamiento del constitucionalismo rígido, puesto en riesgo por el principalismo de inclinación jusnaturalista.

No hay duda de que este animado debate representa una edición revistada de la controversia en torno al activismo judicial, que tanto ha apasionado la doctrina estadounidense<sup>65</sup> y también la canadiense<sup>66</sup>. Por otro lado, su nueva formulación depende de los problemas del crecimiento del modelo del constitucionalismo y de su difusión.

## V. EL FUTURO DE LOS ORDENAMIENTOS COMPUESTOS.

Otro tema que va a empeñar las mejores energías de constitucionalistas y politólogos en los próximos años, con enormes consecuencias prácticas, es el del futuro de los ordenamientos compuestos, que desde algún tiempo están viviendo una temporada muy complicada, cuya evolución parece imprevisible. Unidad y

59 Vid. por ejemplo R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origin and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass., 2004; J. WALDRON, "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, n° 115, p. 1346, 2006 y "How Judges Should Judge", *The New York Review of Books*, n° 10, p. 10, 2006; N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF (Eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, La Haya, 2009; D. ROBERTSON, *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*, Princeton, N.J., 2010.

60 Vid. *Interpretazione e costituzione, Miti, mode e luoghi del pensiero giuridico*, Turín, 2011 e *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, Módena, 2018.

61 Sobre los dos autores, vid. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi, Ragion pratica*, 2007, pp. 219 y ss.; Id., *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, Riv. Fil. Dir., 2013, 77-102; Id., *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli*, *Diritto e Società*, 2013, pp. 353-373.

62 Vid., por ejemplo *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista, garantista*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, p. 2771; *Contro il creazionismo giudiziario*, Módena, 2018.

63 Vid. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Bari-Roma, 2001; *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, 2013.

64 Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, cit., y recientemente, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018. Con J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo, Una conversación*, Madrid, 2012.

65 Baste recordar aquí algunos títulos recientes en este tema: K. ROOSEVELT, *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*, New Haven, Conn., 2006; B. DICKSON, *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford-Nueva York, N.Y., 2007.

66 Vid. por ejemplo K. ROACH, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, 2001.

diferenciación son dos caras de la misma medalla, si los dos conceptos, potencialmente antitéticos, se aplican por un lado a los Estados federales o regionales y por el otro a las formaciones supranacionales en curso de *federalizing process*. En la primera dimensión muchos Estados de Europa han llevado la diferenciación a los niveles máximos compatibles con la preservación de la unidad, a menudo precisamente con el intento de preservar la unidad. No hace falta mencionar los casos de Bélgica, Reino Unido y España. En la segunda dimensión, la transformación progresiva de la Unión Europea se ha cumplido, hasta ahora, bajo el signo de la uniformidad al menos formal, mientras que muchas políticas han diferenciado el tratamiento de los territorios siguiendo razones de desarrollo económico. El caso Brexit es emblemáticamente el elemento de conjunción entre las dos dimensiones, la constitucional doméstica del nivel estatal y la federativa del nivel europeo. La secesión británica de las instituciones europeas puede implicar la ruptura de la unidad del ordenamiento del Reino Unido, con la secesión tanto de Escocia como de Irlanda del norte. Algunas de las más importantes categorías tradicionales del derecho público europeo están expuestas a una posible refundación.

En los años finales del siglo pasado y a comienzos del nuevo estaba en curso en varios países europeos un proceso de creciente descentralización. En Italia, por ejemplo, las leyes Bassanini antes y luego las dos reformas constitucionales de 1999 y 2001 habían fortalecido regiones y entes territoriales dando vida a una estructura mucho más complicada que antes; además el nuevo artículo 116 había introducido la posibilidad de diferenciación de poderes entre Regiones ordinarias, norma que mucha parte de la clase política por algunos años devaluó, hasta el punto de considerarla susceptible de derogación, como en la reforma constitucional Renzi-Boschi. En España también el enriquecimiento de funciones de las Comunidades autónomas<sup>67</sup>, junto con la segunda descentralización, ha seguido hasta la sentencia 31/2010, que ha puesto fin a esta tendencia. Se puede decir que la Unión Europea ha contribuido al crecimiento de la tasa de asimetría, haciendo no solo más visibles las diferencias territoriales, sino más económicamente oportunas las alianzas e incluso las agregaciones de instituciones territoriales del mismo Estado o hasta de diferentes Estados<sup>68</sup>. Al final de este ciclo parecía que las asimetrías identitarias hubiesen dejado espacio a asimetrías generalizadas, fundadas sobre razones económicas o de capacidad administrativa: Francesco Palermo habla de asimetría como formante de los sistemas compuestos<sup>69</sup>, o sea como factor positivo de desarrollo del regionalismo y del federalismo.

16

La crisis económico-financiera ha funcionado como causa o al menos concausa de una inversión de tendencia. Desde entonces la asimetría, llevada a su máxima extensión para garantizar la unidad, se ha transformado en un riesgo de secesión, por lo menos en España, Gran Bretaña y Bélgica, mientras que en Italia ha recuperado espacio la posibilidad de introducción de diversidad legislativa y administrativa, o de asimetría, acogiendo la sugerencia de Roberto Blanco Valdés a llamar las cosas por su nombre<sup>70</sup>, entre Regiones ordinarias. El proceso descentralizador ha tomado un curso quizás imprevisible. En el contexto español, la inicial simetría, con la excepción del perfil financiero, que había variado en una homogenización competencial con los acuerdos políticos de 1992, se ha convertido luego a la reclamación catalana de secesión<sup>71</sup>. En el contexto británico, primero el Scotland Act 2012 ha incrementado la autonomía fiscal de Escocia, luego la derrota independentista en el referéndum de 2014 ha bloqueado las aspiraciones secesionistas, permitiendo el congelamiento de la "*rolling devolution*", con lo que por el momento parece conseguido el límite extremo de la asimetría, o sea la preclusión al Parlamento de Westminster de la derogación de las instituciones escocesas. La autonomía de Gales se ha beneficiado de la evolución de Escocia, con el Wales Act 2006, mientras que la situación de Irlanda del Norte permanece inestable, debido al problema de Brexit. En Bélgica el equilibrio

67 Cfr. AA.VV. *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Madrid, 2005.

68 Entre otros muchos vid. G. D'IGNAZIO, *Asimmetrie e "Costituzioni territoriali" nel quadro giuridico europeo: un'analisi comparata, Istituzioni del Federalismo*, 2018, p. 246.

69 Cfr. F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, ibidem, 255 y antes G. D'IGNAZIO (ed.), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milán, 2007.

70 Vid. *Sobre la asimetría en los Estados federales y la utilidad práctica de una buena teoría*, ibidem, p. 301.

71 Una síntesis en R. BLANCO VALDÉS, *El laberinto territorial español. Del Cantón de Cartagena al secesionismo catalán*, Madrid, 2014.

asimétrico, al borde de la desintegración del ordenamiento, se ha consolidado laboriosamente alrededor de la estructuración del poder judicial<sup>72</sup>.

A nivel de Unión Europea también la tendencia hacia la asimetría se ha manifestado de varias formas. En primer lugar, el recurso a la cooperación reforzada en las formas contempladas por los artículos 20 TUE y 326-334 TFUE<sup>73</sup>. Por otro lado, las medidas anti-crisis y entre ellas el *Fiscal Compact* han introducido diferencias relevantes entre los Estados, aunque tradicionalmente se haya pensado que su empleo favorezca a medio plazo la integración, antes de que las competencias relativas fuesen incluidas en el nivel supranacional. En el complejo contexto típico de la *governance* de la UE, algunos autores<sup>74</sup> han llegado a la conclusión que la asimetría pueda ser un instrumento de integración, con tal que no sobrepase el límite de la sostenibilidad, procedimental y sustantiva. Desafortunadamente el problema es que, como la experiencia estatal ha demostrado, el punto de inversión de tendencia, más allá del cual se entra en la perspectiva de la desintegración, no es distinguible con antelación.

Las tensiones que sacuden los sistemas compuestos, entre unidad y diferenciación, entre homogeneización y asimetría, al final representan el método, muchas veces involuntario, para la definición de las identidades<sup>75</sup>. El punto de equilibrio, sin embargo, no es definible con criterios objetivos y previsibles, ni en la dimensión estatal ni en la continental.

A nivel de ordenamientos nacionales, a pesar de una literatura inmensa y que se remonta muy atrás en el tiempo<sup>76</sup>, todavía no es posible, y es dudable de que lo sea en futuro, formular un criterio estándar para concretar el momento en el que un ordenamiento asimétrico llega a la ruptura secesionista: demasiados factores no jurídicos, sino étnicos, económicos, religiosos, de solidarismo y lealtad cívica pueden generar una “pertinencia separada” de la anterior, incluso factores totalmente imaginarios, con capacidad “mitopoiética”.

A nivel continental, los problemas de la relación entre homogeneidad y derechos<sup>77</sup>, sobre la que se construye la ciudadanía, se encuentran con las dinámicas del *federalizing process* por agregación, implicando una articulación en fases que solo pueden ser clasificadas *a posteriori* y posiblemente son irrepetibles.

## VI. BIODERECHOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Último, pero no asunto menor con el que el derecho constitucional tendrá que enfrentarse en los próximos años va a ser el de los bioderechos y de la inteligencia artificial, temas aparentemente lejanos pero de hecho casi coincidentes desde el punto de vista constitucional. Ambos se refieren a la complejidad científica, al progreso tecnológico y a su relevancia (y conflictividad) ética. Ambos plantean al derecho constitucional como disciplina científica el desafío de cumplir su vocación histórica o mejor genética, la de limitar el poder para garantizar los derechos.

72 Vid. por todos A. Mastromarino, *Percorsi di asimmetria e relazioni di fiducia nei processi di integrazione politica. La prospettiva belga*, Ist. Fed., 2018, 411 ss.

73 Vid. por ejemplo F. FABBRINI, *The Enhanced Cooperation Procedure: A Study in Multispeed Integration*, CFR Research Papers, 2012.

74 Vid., por ejemplo G. MARTINICO, *Quando è sostenibile l'integrazione (asimmetrica) sovranazionale. Note di diritto comparato, Istituzioni del Federalismo*, 2018, pp. 287 y 299.

75 Esa parece la conclusión de la obra de G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Nápoles, 2017.

76 Solamente por citar algunas obras fundamentales, vid. A. MELUCCI, M. DIANI, *Nazioni senza Stato. I movimenti etnico-nazionali in Occidente*, Milán, 1983; A.D. SMITH, *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford, 1986; E.J. HOBBSBAWM, *Nations and Nationalism since 1780, Programme, Myth, Reality*, Cambridge, 1990; L. Levi, *Lecture su Stato nazionale e nazionalismo*, Turín, 1995; B. ANDERSON, *Imagined Communities*, Londres-Nueva York, N.Y., 1996; E. GELLERN, *Nations and Nationalism*, Londres, 1997; S. ROKKAN, *State Formation, Nation-Building, and Mass Politics in Europe*, Oxford, 1999; S.WOOLF, *Il nazionalismo in Europa*, Milan, 1999. Sobre el caso italiano, vid. G. E. RUSCONI, *Se cessiamo di essere una nazione*, Bolonia, 1993; S. LANARO, *Patria. Circumnavigazione di un'idea controversa*, Padua, 1994; E. GALLI DELLA LOGGIA, *La morte della patria*, Roma-Bari, 1996.

77 Una elaboración de estos conceptos, por ejemplo, en F. SCHORKOPF, *Homogenität in der Europäischen Union. Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs 1 und Art. 7 EUV*, Berlín, 2000; R. MICCÙ (ed.), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea. Dopo il “caso Austria” e la Carta dei diritti fondamentali*, Padua, 2003.

El sector de la biotecnología desde hace años ha puesto el problema de la superación de la antigua distinción entre ciencia y tecnología, que separaba la ideación de la intervención en la naturaleza, permitiendo modificaciones operativas directas en la estructura de la materia<sup>78</sup>.

El sector de inteligencia artificial se plantea también como problema el crecimiento exponencial de la cantidad de informaciones producidas, conservadas y controladas por un número de sujetos muy limitado. Nace así una nueva forma de poder, concentrado como el poder económico o incluso más, que como el poder económico no conoce fronteras y tiende a escaparse a las reglas nacionales<sup>79</sup>. El interés de la humanidad entera es que el desarrollo de la inteligencia artificial sea lo más amplio posible, pero al mismo tiempo que los posibles abusos y los efectos en conflicto con los derechos humanos sean prevenidos. En otras palabras, hace falta que el componente humano no pierda el control de las decisiones esenciales para la vida. Los ejemplos son infinitos. La asistencia electrónica en la conducción de los coches puede sustituir al aparcamiento o al adelantamiento, pero no puede sustituirse a la conducción humana. La selección de los enfermos para los tratamientos de urgencia o para la interrupción de las terapias intensivas puede estar asistida por instrumentos informáticos, pero la decisión debe corresponder a un acto médico. Lo mismo tiene que pasar con las decisiones judiciales o las medidas de policía basadas en el almacenamiento de datos relativos a los precedentes. Una autora americana<sup>80</sup> en un libro reciente cita otros dos casos de inteligencia artificial que hay que limitar: la aspiradora que con sensores y videocámara mapea la casa y transmite los datos, rechazando las funciones más *smart* al usuario que no le permite esta relevación; la muñeca que habla memoriza y transmite las palabras de los niños, accediendo también a la cámara y a la memoria del móvil.

El equilibrio entre factores humanos (no solamente racionales, sino también éticos y emotivos) e inteligencia artificial, integrando los dos elementos, debe ser colocado en un punto que salvaguarde la discrecionalidad y la responsabilidad del ser humano. Compete a la persona humana la protección de la vida en el planeta desde el perfil bioético y el respeto de los derechos individuales en el campo del bioderecho. La reciente directiva UE 2016/679 parece moverse en esta dirección cuando en el considerando 71 y en el art. 22 reconoce un verdadero derecho a no ser sometido a decisiones que tengan efectos personales y se funden exclusivamente en tratamientos automatizados de datos o procesos decisionales totalmente automatizados. Puede ser que derechos como éste concurren a conformar una nueva concepción de ciudadanía. Por cierto, estamos en presencia de una renovada aplicación del principio responsabilidad<sup>81</sup>.

78 Vid. G. F. FERRARI, *Biotecnologie e Diritto Costituzionale, Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4/2002, pp. 1563 ss.

79 Vid. C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, *BioLaw Journal*, 2019, 177 y "21st Century BioLaw: a proposal", *ibidem*, 2017, pp. 81 y ss.

80 Vid. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Londres, 2019.

81 No es necesario mencionar la obra fundamental de Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Fráncfort del Meno, 1979.