

¿ES POSIBLE UN DERECHO CONSTITUCIONAL “TRANSNACIONAL”?

Michele CARDUCCI*
Alessandro ISONI**

Sumario: I. Prefacio: ¿una cuestión de “puntos de vista”? II. ¿Estado de derecho o derecho constitucional? III. Una Constitución para Europa. IV. La Comunidad Europea. V. De la Comunidad Europea a la Unión Europea: ¿el fin de una era? VI. Metáforas e isomorfismos. VII. La Verweltlichung. VIII. El nacimiento de un derecho constitucional “general”. IX. Derecho administrativo global, constitucionalismo cruzado y el régimen de préstamo. X. ¿A quién pertenecen la constitución y el derecho constitucional?

I. PREFACIO: ¿UNA CUESTIÓN DE “PUNTOS DE VISTA”?

Esta contribución pretende concentrarse en algunas cuestiones relacionadas con la existencia de un “derecho constitucional transnacional”, partiendo de la base de que la búsqueda de una respuesta no puede establecerse sobre la simple remoción de conceptos que eventualmente revelaron ser decisivos en el proceso que llevó a la identidad cultural contemporánea del derecho constitucional.

Existe amplio consenso hoy en día de que algunas características del derecho constitucional deberían estar destinadas a ser inútiles.¹ Y, sin embargo, frente a un “globalismo constitucional”, hoy seguimos recurriendo

* Profesor de Derecho Constitucional Comparado, Centro Didattico Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali, Universidad de Salento (Brindisi - Lecce)-Italia: michele.carducci@unisalento.it (§ 1-2; 6-10)

** Profesor de Derecho Público, Centro Didattico Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali, Universidad de Salento (Brindisi - Lecce)-Italia: alessandro.isoni@unisalento.it (§ 3-5)

¹ Revenga Sánchez, M., “Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional en el siglo XXI”, *Parlamento y Constitución*, núm. 12, 2009, pp. 25 y ss.

a algunas de esas características.² En consecuencia, todo se reduce a una cuestión de “puntos de vista”. En efecto, no podemos negar la existencia de problemas jurídicos verdaderos conducidos por la globalización.³

A pesar de esto, la cuestión de los “puntos de vista” que elegimos al estudiar la realidad global sigue siendo el problema principal en la búsqueda de un “derecho constitucional transnacional”.

En la misma línea, debemos “estudiar” libremente nuestro “punto de vista” para buscar algunas posibles respuestas a estos problemas, evitando pensar que nuestro “punto de vista” es el único capaz de comprender un mundo cada vez más complejo.⁴

II. ¿ESTADO DE DERECHO O DERECHO CONSTITUCIONAL?

El proceso de globalización trajo consigo una nueva clase de ley no escrita fundada en un amplio conjunto de costumbres modeladas por la realidad: en otras palabras, una ley “legitimada” por la situación existente.

Esta “ley global” se caracteriza por algunas marcadas características innovadoras, hasta tal punto que es conocida como “nueva ley global”, especialmente porque es símbolo de un “orden legal” que no se localiza dentro de un “sistema legal”, sino que se caracteriza por una corriente móvil y no sistemática para dar respuesta a las necesidades de la gente.

Debemos observar que en este “nuevo orden global” no hay lugar ni para los ciudadanos, ni para la igualdad como condición social para un derecho mundial a la ciudadanía. La “persona” debe coincidir con el individuo, eliminándose la “constitucionalización de las personas que había promovido el constitucionalismo durante el siglo veinte”.

Esta teoría, aunque es claramente “personalista”, demuestra ser similar a la “teoría de la justicia” de Amartya Sen, según la cual en el complejo mundo contemporáneo sólo se pueden compartir remedios ante las inequidades aunque no una idea común de justicia.

Por estas razones, esta “nueva ley global” parece ser útil para describir la complejidad contemporánea, toda vez que: a) es compatible con varios “sistemas legales” nacionales, independientemente de sus diferencias mu-

² Ackerman, B., “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Review*, núm. 83, 1997, pp. 771 y ss.

³ Pizzorusso, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Turín, Giappichelli, 2008.

⁴ Carducci, M., “Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 128, 2010, pp. 595 y ss.

tuas y b) está por fuera de las “grandes narraciones” del constitucionalismo de Estados (ciudadanía, nación, igualdad, identidad, etcétera), principalmente porque está fundado en un meta-lenguaje que puede definirse como una suerte de “esperanto constitucional”. finalmente también, por estas razones, la “nueva ley global” no puede convertirse en un “sistema legal” real y no puede dar origen a un conjunto de leyes vinculantes.⁵

En esta línea, el “nuevo orden” debería parecerse al modelo de *Geodierética* imaginado por Álvaro d’Ors: un espacio abstracto como punto de acceso para la gente, más allá de la soberanía de los Estados, a favor de opciones personales, con una “antroparchia” como forma de gobierno sin una forma de Estado.

Aquí es conveniente subrayar cómo en la mayoría de los análisis sobre la “ley global” utilizan la forma inglesa “Estado de derecho” como síntesis para explicar una manera de “resolver la complejidad”, sin preguntarse ni sobre las raíces semánticas de esta forma ni sobre sus premisas constituidas por el derecho constitucional inglés y americano.⁶

Es muy difícil comprender la *moralidad constitucional de este “nuevo orden global”*, y también es muy difícil comprender si el derecho constitucional ha desaparecido del horizonte de la globalización o, por el contrario, ha sido víctima de represión. Veamos cuál puede haber sido la razón de esta eliminación.

Es común en estos tiempos recurrir a metáforas para dar respuesta a la pregunta de si es posible un derecho constitucional transnacional.⁷ Debemos decir que el término “Constitución” es semánticamente ambiguo, tanto en su costado connotativo como denotativo, lo que da origen a incertidumbres consistentes sobre los términos “constitucionalismo”, “derecho constitucional” y “constitucionalización”.⁸ En esta línea, debería ser útil preguntarse si esta ambigüedad permite utilizarlo sin distinción, en particular referido a fenómenos originales como, por ejemplo, la “ley global”.

Si es verdad que el término “Constitución” es semánticamente ambiguo, debemos preguntarnos si esta ambigüedad permite una utilización promiscua del término frente a nuevos fenómenos jurídicos como la “ley global”. Como es de público conocimiento, surgió la cuestión de la posibi-

⁵ Held, D y McGrew, A. G., *Governing Globalization: Power, Authority, and Global Governance*, Oxford, Blackwell, 2009.

⁶ Mattei, U. y Nader L., *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Oxford, Blackwell, 2008.

⁷ Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

⁸ Wahl, R., “Konstitutionalisierung. Leitbegriff oder Allerweltbegriff?”, en Eberle, C. E. et al., *Der Wandel des States vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm*, Múnich, Beck, 2002, pp. 191 y ss.

lidad de hablar de una “Constitución Europea”. Este tema ha mantenido vivo el uso trillado de este término, lo cual eventualmente condujo a desviar de sus “puntos de vista” la atención de los estudiosos del derecho: podemos aquí mencionar el término “constitucionalización de los tratados europeos”, entendido como desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia o, en segundo lugar, la supuesta analogía entre Estados federales y organizaciones supranacionales.⁹ Aparentemente, las metáforas se han nutrido de las similitudes entre los tratados europeos y las Constituciones de los Estados.¹⁰

III. UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Con respecto a esto, el Tratado que establecía una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 fue considerado por todos los observadores como el paso más importante hacia la consecución de la integración europea. Entre una amplia variedad de cambios institucionales, por primera vez en más de cincuenta años no apareció el término “comunidad”, el cual fue sustituido por el de Unión Europea.

Fue una novedad considerable que se evaluó unánimemente como un gran paso adelante en el proceso que había comenzado en Maastricht en 1992. Desafortunadamente, sabemos que la Constitución para Europa fue invalidada por los referéndums francés y holandés.¹¹ Sólo tres años después, el 13 de diciembre de 2007, se firmó en Lisboa un nuevo tratado, menos avanzado que el anterior, que mantenía la decisión de abandonar el término comunidad en favor de Unión Europea, quizá porque todos consideraban que el término Unión permite ventajas más importantes.¹² En principio, eliminaba la doble expresión Comunidad Europea/Unión Europea,

⁹ Biaggini, G., “Die Idee der Verfassung. Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, núm. 141, 2000, pp. 452 y ss.

¹⁰ Hallstein, W., “The EEC Commission. A New Factor in International Life”, *The International and Comparative Law Quarterly*, núm. 14 (1965), pp. 729 y ss.

¹¹ A. Duff reproduce el difícil camino que eventualmente condujo a la fallida ratificación de la Constitución Europea en *The Struggle for Europe’s Constitution (La lucha por la Constitución Europea)*, Londres, The Federal Trust for Education and Research, 2006. También lo hace Curtin, D. et al. (eds.), *The EU Constitution: the Best Way Forward? (La Constitución ¿el mejor camino hacia adelante?*, La Haya, TMC Asser Press, 2005.

¹² En realidad, hay un solo punto en el preámbulo del Tratado en donde es posible encontrar el término “comunidad”, cuando los nuevos constituyentes europeos rinden tributo a la integración europea comenzada por las comunidades en la década de los cincuenta del siglo XX.

resultando en más cohesión e inteligibilidad de la arquitectura institucional de la construcción europea, la cual anteriormente sólo se podía explicar acudiendo a imágenes bastante bizarras, por ejemplo, el templo griego.¹³ En segundo lugar, el término unión está en apariencia más próximo al viejo sueño federalista que intentaba crear los Estados Unidos de Europa, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos de América, donde el término “unión” se utiliza como sinónimo para referirse a sí mismos.¹⁴

Entonces, parece que el término unión es más apto para nuestros tiempos, ya que el término comunidad representa un mundo antiguo, que se caracterizaba por una impronta internacional del Tratado y por un funcionamiento críptico de las instituciones europeas. Sin embargo, una aparente operación lingüística neutral, concebida para lograr que el proceso europeo de integración resultara más atractivo, oculta, en nuestra opinión, un significado más importante.

IV. LA COMUNIDAD EUROPEA

En el último siglo, han tenido mucho éxito estudios sobre la “comunidad” como concepto político y sociológico. Desde *Economía y sociedad*, la obra maestra fundamental de Max Weber, que contiene una parte titulada precisamente “Comunidad”, la ciencia política ha reflexionado durante años sobre esta manera antigua y a la vez moderna de organizar las sociedades humanas.

Obviamente, en esta ocasión no nos detendremos mucho sobre este punto, sino que prestaremos nuestra atención al alcance semántico del término comunidad. Como sucede a menudo, también este término tiene raíz latina: en efecto, del término *Communitas* deriva el término inglés *community*; el francés *communauté*; el italiano *comunità*; el español *comunidad*, mientras que el adjetivo alemán *gemein* y el sustantivo *Gemeinschaft* derivan de la raíz indoeuropea común del griego *koinos*.¹⁵

En esta línea, podemos apreciar inmediatamente que el término “comunidad” y sus adjetivos “común” y “comunitario” se refieren a una grieta importante en la sociedad humana, es decir mío/tuyo, público/privado; co-

¹³ Sobre el Tratado de Maastricht véase, entre otros, Corbett, R., *The Treaty of Maastricht: from Conception to Ratification*, Lonesn, Longman, 1995; Duff, A. et al., *Maastricht and Beyond: building the European Union*, Londres, Routledge, 1994.

¹⁴ Sobre la ideología federalista sobre Europa, véase Lipgens, W. (ed.), *A History of European*, vol. 1, *The Formation of the European Unity Movement*, Oxford, Clarendon Press, 1982 y véase Pistone, S. (ed.), *I movimenti per l'Unità europea 1945-1954*, Milán, Jaca Book, 1992.

¹⁵ Sobre este tema véase Benveniste, E., *Le vocabulaire des institutions indo-européenne*, vol. 1, París, Minuit, 1969, pp. 47 y ss.

mún/individual y etcétera. Entonces, podemos decir que “común” es todo lo que no tiene dueño o, mejor aún, lo que pertenece a todos.

Sin embargo, en nuestra hipótesis no tiene importancia. Más allá de la raíz semántica de “comunidad”, ¿no debería interesarnos mucho el análisis etimológico de la *Communitas* latina? Según la corriente principal de pensamiento, podemos decir que *Communitas* es un término complejo que se origina en la unión de otros dos términos, es decir, *cum* y *munus*. Sabemos que *cum* significa “con”, pero es muy difícil tratar de dar un significado al término *munus*, que tenía una caracterización social fuerte y que impulsa una idea de «deber», según lo demuestran tres términos que están estrechamente relacionados con él: *onus*, *officium* y *donum*.¹⁶ El significado de «deber» es bastante claro en los dos primeros términos, aunque resulta muy extraño que este significado esté relacionado con el último término. ¿Por qué un “regalo” debería ser una “obligación”?

Según los estudios magistrales de Marcel Mauss sobre el concepto de “regalo”, está implícito que todo regalo debe ser retribuido: una vez que alguien acepta un regalo (a *munus*), esa persona está obligada a hacer recíproco tal regalo con algún bien o servicio (*officium*) en una cadena ininterrumpida, como lo indica muy bien la forma inglesa del verbo *to take to*.¹⁷ Al interrumpir esta biunicidad, el *munus* no implica la estabilidad de la propiedad, sino que, por el contrario, es una pérdida, un compromiso o un tributo que estamos obligados a pagar.

V. DE LA COMUNIDAD EUROPEA A LA UNIÓN EUROPEA: ¿EL FIN DE UNA ERA?

Entonces, la gente que vive junta en una comunidad tiene en común una obligación, no una ventaja; están unidos no por una propiedad, sino por una obligación, o mejor aún, por una deuda. En otras palabras, los miembros de una comunidad viven en ausencia de algo, de modo tal que podemos decir que el *vacío* es el elemento que caracteriza la esencia de la comunidad misma, obligando a todos los sujetos a buscar su identidad fuera de sí mismos.¹⁸

¹⁶ Véase Zagagi, N., *A note on 'munus', 'munus fungi'*, en *Early Latin*, en *Glotta*, núm. 60, 1982, pp. 280 y 281.

¹⁷ Sobre el doble sentido de «gift» véase Mauss, M., “*Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*”, *Année Sociologique*, I, 1923-1924 y, más recientemente, Starobinski, J., *Largeesse*, París, Réunion des Musées Nationaux, 1994.

¹⁸ Sobre el significado filosófico del término “*communitas*” véase la reflexión de Esposito, R., *Communitas. The Origin and Destiny of Community*, Stanford, Stanford University Press, 2010.

De esta manera, la comunidad crearía un vínculo indisoluble entre los Estados, o —¿por qué no?—, entre la gente más allá de la misma escala federal (del latín *foedus*, acuerdo) de un pacto.

Si consideramos correctas las reflexiones anteriores sobre el término “comunidad”, también podemos ver cómo algunas reconstrucciones conceptuales de las comunidades europeas emitidas por académicos internacionales de derecho pueden ser engañosas. Ellos dicen que la comunidad es una suerte de “calidad” añadida a los Estados, los cuales continúan siendo los sujetos reales del derecho internacional. La mayoría de las investigaciones jurídicas sobre la dimensión constitucional de la Comunidad Europea se han fundado en lo que consideramos dos premisas inválidas, lo que nos lleva a considerar a la formulación “comunidad europea” como un oxímoron.

La primera premisa tiene que ver con el análisis correcto del término “comunidad”, el cual hace referencia a un universo conceptual que está por fuera de nuestras reconstrucciones constitucionales clásicas del mundo moderno. La mayor parte de los pilares ideológicos del Estado están ausentes en el término comunidad, por ejemplo, los conceptos de “soberanía” o “territorio”. En la primera experiencia de integración europea, la Comunidad Europea de Carbón y Acero, los sujetos reales del proceso de integración fueron los fabricantes, no los Estados, porque la comunidad se ocupaba de la producción y venta de carbón y acero, trayendo a la memoria a los gremios medievales, como lo remarcó en 1961 Feliciano Benvenuto, eminencia italiana del derecho.

Por otro lado, el término europeo también tiene un significado oculto y esto hace muy difícil establecer una conexión con el término comunidad. El concepto moderno de “Europa”, más allá del mito clásico, se remonta al Renacimiento y al Iluminismo, cuando se delinearon las características principales de una identidad europea. Según esta concepción moderna, Europa era considerada una realidad pluralista, compuesta de muchos actores políticos —los Estados— caracterizados por una nueva atribución —la “soberanía”— que les permitía ser amos de la ley dentro de sus propios dominios y tener una relación de igualdad con los otros Estados. El nuevo mapa de Europa, salpicado por muchos Estados, representaba la sustitución de viejas creencias que durante la Edad Media habían concebido a Europa como una entidad homogénea, unificada por una religión cristiana común y la herencia del derecho romano. La *Respublica Christiana* medieval puede considerarse una suerte de comunidad y la decisión de llamar comunidad a la experiencia internacional comenzada en 1951 con la firma del Tratado de París es significativa de la voluntad de abandonar un marco político e imaginar un nuevo comienzo para un continente en ruinas después

de la Segunda Guerra Mundial. En el momento del lanzamiento del plan Schuman, surgió un nuevo concepto para explicar la nueva dimensión de la futura organización europea: la supranacionalidad.¹⁹ Esta, al igual que comunidad, a nuestro entender parece tener un *ethos* particular y más avanzado que federal, término utilizado como contraseña por todos los movimientos europeos. Estrechamente ligado a la historia americana, el término “federal” se refiere de todas maneras a un pacto (*foedus*) entre Estados, siempre conservando éstos el poder real. Por el contrario, supranacional es una palabra original para indicar un nuevo modelo de integración, donde los Estados han perdido su liderazgo y se han convertido en los beneficiarios reales de la organización internacional, o mejor aún, *sui generis*, gracias a la dimensión irénica y supranacional de la comunidad.²⁰ En esta línea, podemos decir que supranacional y comunidad son gemelos siameses porque dentro del significado de supranacional estaría, aunque de manera inconciente, el significado original de *communitas* y también una referencia a aquella *Respublica Christiana* que caracterizó a Europa antes del nacimiento de los Estados.²¹ La Comunidad Europea como nuevo espacio *constitucional* (*cum-sto*, es decir, vivo con) pondría a prueba un nuevo *modus vivendi* en las relaciones internacionales, caracterizadas por la cooperación económica y la paz.²²

VI. METÁFORAS E ISOMORFISMOS

Sin embargo, la profusión de estas metáforas nos ha causado una pérdida de “puntos de vista”, lo cual es posible resumir de la siguiente manera.

Cuando hablamos hoy de Constituciones, las relacionamos con una Grundgesetz de un *orden legal que definimos como Estado*.²³ En 1966, una eminencia italiana del derecho internacional, Giuseppe Barile, señaló cómo el

¹⁹ Sobre este punto, véase Haas, E. B., *Beyond the Nation State*, Stanford, Stanford University Press, 1964; Heathcote, N., “The Crisis of European”, *Journal of Common Market Studies*, núm. 5, 1966, pp. 140-171, y Weiler, J. H. H., “The Community System: The Dual Character of Supranationalism”, *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, pp. 267-306. Para una interpretación histórica, véase el libro editado por Kaiser, W. et al., *The History of the European Union. Origins of a trans- and supranational polity 1950-1972*, Londres, Routledge, 2009.

²⁰ Sobre la novedad que este concepto representa, véanse las reflexiones expuestas por Thiemeyer, G., “Supranationalität als Novum in der Geschichte der internationalen Politik der fünfziger Jahre”, *Journal of European Integration History*, vol. 4, núm. 2, 1998, pp. 5-21.

²¹ Hay, P., *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for new Legal Structures*, Urbana, Univ. of Illinois Press, 1966.

²² Häberle imagina un espacio constitucional europeo, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001, específicamente pp. 113-150.

²³ Aguiló, J., *La Constitución del Estado constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004.

Estado, como consecuencia de la integración europea, no debería haber “desaparecido” simplemente porque el orden legal doméstico se iba a abrir hacia la ley de la CE y hacia una ley “transnacional” fundada en el mutuo reconocimiento de:

Principios de derechos espontáneo, revelados en concreto, sin límites de forma o de fuentes de hechos históricos, políticos, morales, jurídicos, etc..., que, en un dado momento histórico, se presentan con tal grado de imperativo a la conciencia de la comunidad delimitada por el mismo ordenamiento estatal, para ser implementados, cual es el sistema de reglas.²⁴

Fuera del horizonte cognitivo representado por el Estado como *orden legal*, muchas teorías describen presumidas Constituciones supranacionales, internacionales y globales²⁵ de manera retórica e ideológica²⁶ para legitimar la realidad en vez de describirla.²⁷ Esto significa que esta clase de lenguaje metafórico se expresa a través de remociones en vez de comparaciones diacrónicas o sincrónicas: refleja las ideologías de la globalización y no tiene como objetivo comprender la realidad global.²⁸ Este lenguaje no tiene interés en investigar la verdad. Le interesa investigar el problema de la consistencia de sus premisas.²⁹ Como consecuencia, es el léxico (como convención) lo que da origen a las instituciones según una racionalidad formal.³⁰

De esta manera, cada punto de vista debe coincidir con elecciones lingüísticas, sin más horizontes cognitivos y, además, sin aquellos “colectivos singulares”³¹ —como el Estado— que la historia ha entregado a la humanidad³² para conocer y comprender la realidad.³³

²⁴ “*Limiti all’attuazione dei diritti europei e stranieri nell’ambito delle comunità statali*” en Comunicazioni e studi, pp. 91 ss., n. 12, 1966, pero también *Diritto internazionale e diritto interno*, Milán, Giuffré, 1957, pp. 449 y ss.

²⁵ Fassbender, B., “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, t. 36, núm. 3, 1998, pp. 529 y ss.; von Bogdandy, A., “Constitutionalism in International Law”, *Harvard International Law Journal*, núm. 47, 2006, pp. 223 y ss.

²⁶ Itzcovich, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Turín, Giappichelli, 2006.

²⁷ Gordon, M., “Don’t copy me Argentina: Constitutional Borrowing and Rhetorical Type”, *Washington University Global Law Review*, núm. 8, 2009, pp. 487 y ss.

²⁸ Águila, R. del, *Crítica de las ideologías. El peligro de los ideales*, Madrid, Taurus, 2008.

²⁹ Ayer, A., *Linguaggio, verità e logica*, Milán, Feltrinelli, 1961.

³⁰ Lima Guerra, M., “O que è um juiz?”, *Pensar. Revista das Ciências Jurídicas*, t. 15, núm. 2, 2010, pp. 514 y ss.

³¹ Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit, (III) La refondation des pouvoirs*, París, Seuil, 2007, pp. 163 y ss.

³² Kosellek, R., *Futuro presente*, 1979, Genova, Marietti, 1986.

³³ Morand, Ch.-A., “Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transfor-

Paradójicamente, el Estado viene a la luz con el proceso de integración europea para distinguir entre el *constitucionalismo multi-nivel*, capaz de dar vida a las simples experimentaciones *Verfassungsverbund* y *Staatenverbund*. La nueva formulación *constitucionalismo multi-nivel* es la traducción al castellano de la *Verfassungsverbund* alemana, sugerida por I. Pernice para describir el orden legal constitucional europeo.³⁴ Esto se debe a que la Unión Europea “forma un sistema constitucional compuesto de un nivel nacional y de un nivel transnacional de poder público legítimo, los cuales se influyen mutuamente; todo lo cual implica ciudadanos más o menos diferenciados o, sujetos de derecho”.

A partir de este “punto de vista”, es posible comparar *Verfassungsverbund* con otros órdenes leales supranacionales, aunque dicha conceptualización se adapta exclusivamente a la Unión Europea, porque todos los otros experimentos (Mercosur, Sica, Nafta y otros) se caracterizan sólo por algunas características supranacionales y por eso es mejor hablar de *Staatenverbunden*, según lo sugiere P. Häberle.

Este enfoque teórico demuestra cómo los horizontes cognitivos reciben influencia de una historia imborrable representada por el Estado como “colectivo singular” de las relaciones externas.³⁵

Y, sin embargo, el ejemplo de la Unión Europea es paradigmático. El proceso de integración tuvo como resultado una *Verfassungsdurchbrechung*,³⁶ una *Dauerhafte Konsensfähigkeit*,³⁷ un *Fraude à la Constitution*³⁸ o, incluso, una *Wandelverfassung*:³⁹ desde la cambiante constitución (*Verfassungswandlung*), den-

mations”, en Morand, Ch.A., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 81 y ss.

³⁴ Pernice, I., “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited”, *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 703 y ss.; “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, núm. 27, 2002, pp. 511 y ss.

³⁵ Tomuschat, C., “Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit”, en Isensee, J. y P. Kirchhof, P., hrsg, *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, Müller, 1992, pp. 483 y ss.

³⁶ D. Murswiek, “Maastricht und die Pouvoir Constituant”, *Der Staat*, núm. 32, 1993, pp. 161 y ss.; Hufeld, U., *Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsprobleme der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

³⁷ Herbst, Th., *Legitimation durch Verfassungsgebung. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

³⁸ Sabète, W., *Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux*, Rennes, Pur, 2005.

³⁹ Ipsen, H. P., “Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration”, en Schwarze, I., hrsg, *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Baden-Baden, Nomos, 1983, pp. 82 y ss.; Schuppert, G. F., “Anforderungen an eine Europäische Verfassung”, en Klingmann, H.-D. y Neidhardt, F., hrsg, *Zur Zukunft der Demo-*

tro de los límites de *Dispositives Recht*, logró llegar, a través del diálogo y las decisiones, a la Constitución del cambio. En otras palabras, la integración europea *Wandel-Verfassung* no es simplemente un “cambio de Constitución” sino una “nueva Constitución”.⁴⁰ Para resumir, esta “comunicación transjudicial” parece ser más “global” que doméstica, porque sus efectos desbordantes son más fuertes dentro de los Estados y sus sistemas constitucionales.

VII. LA *VERWELTLICHUNG*

Por otro lado, es precisamente el término Estado el que nos permite dar respuesta a la pregunta de si es posible un derecho constitucional “transnacional”. El “transconstitucionalismo”, como fenómeno jurídico, no puede confundirse o compararse con el transjuridicismo que se conoció en otros tiempos. En particular, no puede compararse al pluralismo jurídico medieval en sus relaciones entre derecho canónico, romano, comunitario, real y feudal. La causa reside en el hecho de que durante la era premoderna el pluralismo no se avocaba a reales problemas constitucionales, es decir, a asuntos relacionados con la legitimidad del poder, a su control jurídico, a la democracia, a la ciudadanía y otros.⁴¹

Según lo ha demostrado E.-V. Böckenförde en sus trabajos, el costo constitucional del pluralismo jurídico tuvo su origen sólo después de la *Verweltlichung*, es decir, el proceso de secularización que tuvo lugar en Europa con la sustitución de la unidad religiosa medieval. Sólo en este contexto parece la política sufrir la influencia del paso del tiempo y así se volvió cambiante, permitiendo el surgimiento de una estrecha conexión entre *Verfassung* y *Wandlung*, Constitución y cambio. Dicha hipótesis interpretativa es importante por al menos tres razones:

- a) La *Verweltlichung* condujo al nacimiento de los Estados secularizados.
- b) La *Verweltlichung* separó el derecho privado de las relaciones entre los Estados; el aspecto privado, sobre el cual el Estado tiene gran poder,

kratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung, Berlin, WZD-Jahrbuch, Sigma, 2000, pp. 246 y ss.; Brunkhorst, H., “A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution”, en Eriksen, E. O. et al. (eds.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004.

⁴⁰ Brunkhorst, H., “A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution”, *Arena Working Paper*, núm. 14, 2003.

⁴¹ Bermann, H. J., *Law and the Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1983.

del ámbito internacional, donde, precisamente, sólo podían operar los Estados.

- c) La *Verweltlichung* permitió que se escribieran “Cartas”, “Compromisos” y finalmente “Constituciones”.⁴²

Cuando algunos eruditos del derecho comparado hoy definen al derecho transnacional como una dimensión tanto del derecho privado como del público, está claro que van a adoptar un punto de vista científico que anula esta importante premisa histórica.⁴³

El asunto también puede considerarse desde otra perspectiva: *Verfassung* y *Wandlung* significan Constitución y cambio, es decir, la formulación de un compromiso para convivir. La escritura secular, derivada del proceso de *Verweltlichung* se ha utilizado para definir el límite espacial de esta vida en común.⁴⁴ En otras palabras, la redacción constitucional y el territorio del Estado han tenido la misma narración histórica.

De esta manera, es fácil comprender, como bien lo notó Pedro de Vega García, por qué el derecho constitucional está obligado a abordar las espinosas cuestiones de tiempo y espacio para adquirir características históricas y concretas. La Constitución no puede ser comprendida como una entidad normativa independiente sin su propia historia y geografía.⁴⁵ Esta premisa admite que es imposible imaginar una Constitución sin un Estado, en contra de la opinión de algunos apologistas del “globalismo”.⁴⁶ Como lo hemos experimentado en la Unión Europea, la existencia histórica del Estado es la presunción de la existencia de la Constitución, anterior al concepto abstracto de “soberanía”.⁴⁷ Pero la Constitución no es producida exclusivamente por la redacción. Y, sobre todo, no es suficiente escribir la palabra “Constitución” para tener el nexo compuesto de positivización y constitucionalización, como lo hemos visto en la Unión Europea.

⁴² Mohnhaupt, H. y Grimm, D., *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von Antike bis zur Gegenwart*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995, pp. 45 y ss.

⁴³ Zumbansen, P., “Transnational Law”, en Smits, J. (org.), *Encyclopedia of Comparative Law*, Londres, Edward Elgar, 2006, pp. 738 y ss.

⁴⁴ Northrop Frye, *La scrittura secolare*, Bolonia, Il Mulino, 1976.

⁴⁵ Vega García, P. de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, pp. 30 y ss.

⁴⁶ Beaud, O., *La Puissance de l'Etat*, París, PUF, 1994, pp. 208 y ss.

⁴⁷ Heller, H., “Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts”, *Gesammelte Schriften*, 2a. ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 68 y ss.

En realidad, la *Verweltlichung* debe satisfacer dos necesidades de la Constitución: por un lado, el consenso sobre valores básicos y, por otro lado, la persistencia del derecho constitucional como pilar del orden legal. La transcripción de valores y reglas en la Constitución produce la certeza legal sobre el conocimiento mismo de las reglas, sobre las atribuciones de los poderes y, por último, sobre la previsibilidad de las conductas. De esta manera, la redacción fija la misma exclusividad del Estado y su autosuficiencia como marco legal.

Además, la totalidad del Estado y la Constitución, producto de la *Verweltlichung*, está en el fondo del lenguaje universalista del constitucionalismo. Todos los textos constitucionalistas reflejan este nexo compuesto de universalización y especificación, con distintos grados de declinación dependiendo de tradiciones culturales o de técnicas distintas.

VIII. EL NACIMIENTO DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL “GENERAL”

Si la *Verweltlichung* combina el Estado, la Constitución, el constitucionalismo y la redacción, el horizonte cognitivo del Estado afecta también al “punto de vista” que llamamos “constitucionalización”. En este sentido, la constitucionalización no es una simple positivización, sino que también se refiere a una interpretación del texto. El horizonte cognitivo del Estado también permite la comparación constitucional sobre el uso de los textos. Según lo observó K. Loewenstein,⁴⁸ comparación no significa buscar metáforas comunes o convenciones lingüísticas, sino que, por el contrario, significa investigar los cambios dentro de los Estados. El parlamentarismo europeo se ha centrado de igual manera en el control parlamentario y en la revisión judicial.⁴⁹ La redacción, el cambio y el control de cambio se volvieron las marcas de identificación del derecho constitucional.⁵⁰ En los Estados Unidos este proceso ha sido similar, según lo demuestra el debate sobre las “lecturas cambiadas.”⁵¹ El texto constitucional, como producto del pasado, redactado utilizando un lenguaje típico de una cierta época, obliga a los jueces a respetar, por un lado,

⁴⁸ Loewenstein, K., *Verfassungslehre*, Tübingen, Mohr, 2000.

⁴⁹ Scheuner, U., “Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jh”, en Starck, Ch., hrgs, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, Mohr, 1976, vol. I, pp. 98 y ss.; Carducci, M., *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padua, Cedam, 1996.

⁵⁰ Soares, R. E., *Direito Público e sociedade técnica*, Coimbra, Atlântida, 1969.

⁵¹ Lessig, L., “Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory”, *Stanford Law Review*, núm. 47, 1994, pp. 405 y ss.

el *significado original del texto*, y, por otro lado, a interpretar las *invocaciones constitucionales*.⁵²

En breves palabras, las estrechas conexiones entre redacción, espacio y tiempo de la Constitución, también donde se usa el Estado de derecho para promover el cambio, obligan a utilizar algunas *suposiciones de fondo*, que son esenciales para producir reconocimiento de la Constitución.⁵³

La *Verweltlichung* dio origen al capitalismo, del cual derivaron el liberalismo y el constitucionalismo moderno, con las ideas relacionadas de jerarquía social y libertad económica. El constitucionalismo liberal ha sido la ideología política más efectiva para la paz y la estabilidad que la nueva sociedad capitalista necesitaba.⁵⁴ Las mismas Revoluciones americana y francesa tuvieron como resultado un nuevo orden político-constitucional basado en el constitucionalismo como límite al poder.⁵⁵

Las conexiones entre Estado/Constitución/economía determinaron las dos excepciones históricas de Occidente relatadas por Otto Hintze:⁵⁶

- a) La estrecha conexión entre la Constitución y la administración pública.
- b) El nexo entre el campo internacional y los asuntos domésticos.

Estas dos excepciones junto con la conquista del derecho constitucional como redacción, disponibilidad, cambio y control también definen la necesidad de un nuevo marco para el derecho constitucional.⁵⁷

La redacción constitucional debe racionalizar el poder en una doble dirección:

- a) No sólo definiendo las clases de disponibilidad de texto, para evitar algunos posibles abusos.
- b) Sino también para evitar que las instituciones estén al servicio de *élites*.

⁵² Schauer, F., "Constitutional Invocations", *Fordham Law Review*, núm. 65, 1997, pp. 1437 y ss.

⁵³ Levinson, S., "Translation: Who Needs It?", *Fordham Law Review*, núm. 65, 1997, pp. 1460 y ss.

⁵⁴ Vivarelli, R., *I caratteri dell'età contemporanea*, Bolonia, Il Mulino, 2005.

⁵⁵ Schnurr, R., *Revolution und Weltbürgerkrieg*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983, pp. 129 y ss.

⁵⁶ Colombo, A., "Spazio, istituzioni e politica estera in Otto Hintze", *Filosofia Politica*, núm. 1, 2011 e *ivi* Hintze's bibliography, pp. 11 y ss.

⁵⁷ Mirkine-Guetzévitch, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, Giard, 1931.

El derecho constitucional racionalizado ha sido utilizado para diferenciar a las *élites* dentro de las instituciones, de las instituciones *elitistas*, las cuales podrían ser totalitarias y estar influenciadas por la sociedad capitalista.⁵⁸

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL, CONSTITUCIONALISMO CRUZADO Y EL RÉGIMEN DE PRÉSTAMO

Como todo el mundo sabe, el “derecho constitucional general” parece ser reemplazado por el más moderno “derecho común constitucional”.⁵⁹ Pero también sabemos que estas dos concepciones no eran sinónimos en el constitucionalismo del siglo XX. La primera es una expresión nacida durante la época del así llamado “derecho político”, mientras que la segunda es consecuencia del advenimiento del así llamado “derecho cultural”.⁶⁰

Sin embargo, a pesar de esta distancia, la cuestión que llevó a los estudiosos del derecho a inventar estas dos formulaciones tiene origen en el “punto de vista” que se adopte al analizar a los Estados. Una vez más, encontramos las mismas cuestiones: redacción, disponibilidad, cambio y control.

Con respecto a este tema el derecho constitucional general apuntaba a consolidar el conocimiento y la comprensión de las condiciones necesarias para “racionalizar el poder”, mientras que el derecho común constitucional se desarrolló gracias al análisis de las decisiones de tribunales.⁶¹ En esta línea, si el primero se dedicaba a la forma de gobierno y al derecho parlamentario, el segundo se interesaba en estudiar el derecho adjetivo como expresión de la racionalidad constitucional.⁶²

De esta manera, el tema que concierne a la disponibilidad del texto es un prerequisite para la “legalidad” de las relaciones entre los poderes públicos —uno de los puntos de mayor fuerza en el proceso de “racionali-

⁵⁸ McIlwain, C. H., *Constitutionalism in the Changing World*, Cambridge, Cambridge U. Press, 1939.

⁵⁹ Häberle, P., “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, 1993, pp. 13 y ss.

⁶⁰ Pizzorusso, A., “Fonti “politiche” e fonti “culturali” del diritto”, *Studi on. E.T. Liebman*, Milán, Giuffrè, 1979, vol. I, pp. 327 y ss.; Romboli, R., “La “crisi della legge” nell’evoluzione del rapporto tra “diritto politico” e “diritto culturale”. L’attività creativa di diritto della Corte costituzionale e dei giudici comuni”, *Parlamento y Constitución*, núm. 12, 2009, pp. 73 y ss.

⁶¹ Cappelletti, M., *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 126.

⁶² Eto Cruz, V. y Ferrer Mac-Gregor, E., *Ensayos de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2004.

zación” invocado por el derecho constitucional general— da lugar a la disponibilidad de derechos personales, garantizados por el juicio.⁶³

En efecto, si definimos “globalismo jurídico” como una simple pérdida de soberanía del Estado, al mismo tiempo perderemos la historia de las Constituciones *Verweltlichung*. No es accidental que el “derecho global” se describa como “ilimitado” y, en consecuencia ha aceptado todo: desde las ideas “inconstitucionales” hasta la “ingeniería constitucional”, dedicada solamente a algunos derechos básicos.⁶⁴ Algunos estudiosos del derecho aseveran que la ocupación constante de los campos de poder en el espacio del derecho global deberían llevar a la institucionalización de poderes nuevos y sin nombre.⁶⁵ La práctica jurídica, imaginada como un *Estado de derecho sin derecho constitucional*, debería surgir como una “estrategia cognitiva nueva”, que eventualmente llevara a una juristocracia considerada como una real institucionalización de *élites*.⁶⁶ Por otro lado, fue Ran Hirschl quien revitalizó la teoría de las *élites* para explicar el nuevo constitucionalismo global representado por el “diálogo judicial” sin revisión de los procedimientos democráticos.⁶⁷

En medio de esta situación incómoda, hay algunos que están felices de ver lo que está sucediendo en el constitucionalismo global. Por ejemplo, los defensores del *derecho administrativo global* consideran positivo que las dos “excepciones históricas” de Occidente han sido retiradas del mundo moderno.⁶⁸ De esta manera, pueden hablar tanto de “derecho público global”⁶⁹ como de “gobernanza global”, en la cual “el rol central lo tiene la administración más que la política”.⁷⁰

⁶³ Pizzetti, F.G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 243 y ss.

⁶⁴ Sobre este punto, véase, por un lado, Scheppele, K. L., “The Migration of Anti-constitutional Ideas: the Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency”, en Choudhry, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge U. Press, 2003, pp. 347 y ss. Y, por otro lado, López Guerra, L., “Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional”, *Parlamento y Constitución*, núm. 12, 2009, pp. 9 y ss.

⁶⁵ Croce, M., *Sfere di dominio. Potere e democrazia in era globale*, Roma, Meltemi, 2008 y *La conquista dello spazio giuridico. Potere statale e amministrazione della giustizia*, Napoies, ESI, 2008.

⁶⁶ Baudenbacher, C., “Judicial Globalization: new Development or Old Wine in New”, *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003, pp. 205 y ss.

⁶⁷ Hirschl, R., *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge Mass., Harvard U. Press, 2004.

⁶⁸ *Law and Contemporary Problems*, vol. 68 (summer/autumn 2005), Kingsbury, B. et al. (eds.), *The Emergence of Global Administrative Law*.

⁶⁹ Cananea, G. della, *Principi di diritto pubblico globale*, Bolonia, Il Mulino, 2009.

⁷⁰ Cassese, S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 19, y *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Por otro lado, esta filosofía del sistema vive de la cooperación entre *constitucionalismo cruzado* y *préstamo*: el “diálogo” entre los jueces y los pedidos y préstamos entre los distintos órdenes legales.⁷¹ En realidad, este “diálogo” a veces parece no ser real, mientras que el *préstamo* no es otra cosa que “un elemento básico de la toma de decisiones constitucionales”.⁷² Tomar esto como punto de partida para declarar el nacimiento de una comunidad global de jueces parece ser un maravilloso velo de la imaginación.⁷³ En nuestra opinión, el *préstamo* es más una justificación que una descripción exacta del fenómeno.⁷⁴

Después de todo, estos nuevos expertos en derecho no parecen estar interesados en descubrir cómo se utilizan los términos *préstamo* y *constitucionalismo cruzado* dentro de los Estados, con la creencia de que las mismas actividades de préstamo y diálogo dan lugar a comparaciones. Está claro que quedarse en la dimensión etérea que caracteriza al “diálogo” hace prácticamente imposible comprenderlo.⁷⁵

En una palabra, el derecho constitucional ya no es un *diktat constitucional*, sino una “conversación constitucional” irénica y tranquilizadora, incapaz de reducir el poder sino sólo de inmunizarlo por medio de “aproximaciones técnicas para la resolución de problemas”.⁷⁶ Lo mismo les sucede a quienes se involucran en disputas según el sistema de préstamo, con el foco que se mueve desde los que resuelven disputas a las disputas mismas.

“Préstamos” y “diálogos” han sido siempre resultado de relaciones asimétricas. Esto implica que los “préstamos” y los “diálogos” dan origen no a una mera “escucha” sino a recibos que pesan sobre la gente, los órganos

⁷¹ Davis, D. M., “Constitutional borrowing. The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: the South African Experience”, *International Journal of Constitutional Law*, t. 1, núm. 2, 2003, pp. 181 y ss.; Epstein, L.; Knight, J., “Constitutional Borrowing and Non Borrowing”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, 2003, pp. 196 y ss.

⁷² Tebbe, N.; Tsai, R.L., “Constitutional Borrowing”, *Michigan Law Review*, núm. 108, 2010, pp. 459 y ss.

⁷³ Slaughter, A.-M., “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, núm. 44, 2003, pp. 191 y ss.; Kahn, P. W., “Interpretation and Authority in State Constitutionalism”, *Harvard Law Review*, núm. 106, 1993, pp. 1163 y ss.

⁷⁴ Choudry, S., “Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, núm. 74, 1999, pp. 819 y ss.

⁷⁵ Richards, S.W., “Survey Article: The Legitimacy of Supreme Courts in the Context of Globalization”, *Utrecht L. Review*, núm. 3, 2008, pp. 104 y ss.

⁷⁶ Weiler, J. H. H. y Haltern, U. R., “The Autonomy of the Community Legal Order. Through the Looking Glass”, *Jean Monnet Working Paper*, núm. 10, 1996, disponible en: www.jeanmonnetprogram.org/papers/9610.html.

y las reglas. El gran experto en derecho romano Paul Koschaker decía que la historia siempre ha conocido sólo dos clases de recibos: *ratione imperii* y *imperio rationis*, poniendo énfasis en cómo la primera clase en general viene antes que la segunda.⁷⁷

Es un misterio cómo este fenómeno no sucede con el *préstamo* y el *constitucionalismo cruzado*, aunque todo el mundo sabe que “la paradoja teórica de la constitucionalización y la democratización es reemplazada por la secuencia lógica de la necesidad práctica”.⁷⁸

X. ¿A QUIÉN PERTENECEN LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL?

Para resumir, ¿quiénes son los amos de la Constitución y del derecho constitucional?⁷⁹ Esta nueva pregunta es la única realmente útil para todos los que buscan un derecho constitucional transnacional.⁸⁰ Tomando esta suposición como punto de partida podemos sugerir algunas líneas de investigación.

En primer lugar, debemos rescatar una referencia antropológica para comprender los cambios sociales. Frente a estos nuevos poderes, tanto “pos-modernos” como “premodernos”, debemos sostener el principio democrático como una condición esencial del Estado, para medir el desarrollo humano, más allá del simple campo transnacional del “diálogo” entre jueces.⁸¹

En segundo lugar, la redacción de la Constitución, especialmente como consecuencia de la *Verweltlichung*, ha representado el único logro humano en el intento de definir un mundo secular. Resulta bastante peculiar que este modelo ha caído en crisis justo ahora que vamos a conocer una vida humana “global” en común.

Por último, la Constitución espera y exige ser el estatuto jurídico del campo político. Pensar que el costado político pueda estar limitado por una simple limitación de la soberanía de los Estados es poco realista.

⁷⁷ Koschaker, P., *Europa und das römische Recht*, Múnich-Berlín, Beck, 1947.

⁷⁸ Floridia, G., “Il costituzionalismo “a sovranità limitata” tra paradosso e necessità”, en Orrù, R. y Scianella, L. G., cur, *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Turín, Giappichelli, 2004, pp. 16 y ss.

⁷⁹ Aláez, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-TC, 2006.

⁸⁰ Bidart Campos, G. J., *Transformaciones constitucionales en la postmodernidad: pensando al puente al 2001 desde el presente y el futuro*, Buenos Aires, Ediar, 1999.

⁸¹ Ramacciotti, B. M., *Democracia y derecho internacional en América Latina*, Córdoba, Lerner, 2009.

En esta línea, es muy importante que el derecho constitucional continúe siendo “político” y “general”, y no solamente “cultural” y “común”. De otra manera, no debe sorprendernos la existencia de estudios constitucionales que se limitan a derechos fundamentales, pero que dejan de lado el trabajo para alejarse de la política y dar lugar a algunos temas —como gobernanza— desarrollados por algunos expertos en derecho administrativo y ciencia política.⁸²

Ciertamente, en el *régimen de préstamo* los jueces “dialogan” para poner en acción los derechos. Pero, ¿podemos imaginar que en el orden constitucional global el *Sollen* se limite a sus conversaciones? ¿Es posible que la *Ver-Fassung*, que nace de la secularización, se convierta en una *Ver-Wertung*⁸³ compuesta de conversaciones de “forma libre”, de las cuales está ausente una redacción constitucional, y por eso no está atada a lograr objetivos políticos que son decididos por todos?⁸⁴ Y en Europa, donde la así llamada “hegencia constitucional europea” se superpone, en términos amplios, con el “derecho adjetivo europeo”, la misma se ve conducida por la preponderancia de la Corte Europea de Justicia sobre las supremas cortes nacionales.⁸⁵

Para concluir, es fácil entender no sólo por qué estos jueces globales se sienten a menudo solitarios, sino también por qué se consideran ellos mismos como una suerte de “super-ego”, que regula una sociedad secular sin alternativas.⁸⁶

⁸² Stoker, G., “Governance as Theory. Five Propositions”, *International Social Science Journal*, núm. 50, 1998, pp. 17 y ss.

⁸³ Schmitt, C., *La tiranía dei valori*, Milán, Adelphi, 2008, pp. 30 y ss.

⁸⁴ Pace, A., “Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori”, en Azzariti, G., cur, *Interpretazione costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2006.

⁸⁵ Ruggeri, A., “Il diritto costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali”, en “*Itinerari*” di una ricerca sul sistema delle fonti. XIV. Studi dell’anno 2010, Turín, Giappichelli, 2011, pp. 504 y ss.; Giovannetti, T., *L’Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell’integrazione europea*, Turín, Giappichelli, 2009.

⁸⁶ Nitrato Izzo, V., “La solitudine del giudice globale, in *Ars Interpretandi*. Annuario di ermeneutica giuridica”, 2006, pp. 255 y ss., y Maus, I., “Justiz als gesellschaftliche Über-Ich”, en Faulstich, W. y Grimm, G. E., hrsg, *Sturz der Götter*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1989, pp. 121 y ss..