

## EL DESAFÍO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Raffaelle DE GIORGI\*

Delante de la puerta de la ley hay un guardián. Ante este guardián se presenta un campesino que quiere entrar en la ley. Pero el guardián le dice que ahora no puede permitir el ingreso. El hombre reflexiona y luego pide si entonces podrá entrar más tarde. Es posible, dice el guardián, “no ahora, sin embargo”.

Es el inicio del famoso cuento de Kafka. Escrito tres o cuatro años antes, el cuento fue publicado en 1920. Un año a partir del cual en Europa se habría de discutir extensamente sobre la cuestión: quien sería (o debería ser) *el guardián de la Constitución*. A la discusión, naturalmente, no se accede a partir del espléndido relato de Kafka. Aquel relato es una historia, como historia, ella era el mundo que hablaba y decía que no se puede ver aquello que no se puede ver. Las historias no hacen disciplinas, ellas no disciplinan discursos científicos, no son ciencia. Y, en efecto, a la discusión se accede a través de un escrito, más que nada rudo, de Carl Schmitt, en torno a la refinada propuesta y otros escritos de Kelsen.

La cuestión atraviesa el pensamiento constitucional del siglo pasado, muchos países recogen en sus ordenamientos las ideas que estaban en la base de las argumentaciones y de las propuestas de Kelsen, se desarrolla en una, más que nada, moderna doctrina del Estado, se identifica el custodio de la Constitución, se olvida a Kafka. Quien torna a ser un problema de la literatura. No obstante, queda todavía abierto un curioso aspecto de aquel relato: qué cosa es la que ciega, eso que está detrás de la puerta de la ley y no se puede ver? En substancia: ¿qué cosa custodia el custodio? ¿Y qué cosa guarda el guardián?

\* Catedrático titular de Teoría General del Derecho (Università degli Studi del Salento, Italia).

La respuesta es autoevidente. Pero es autoevidente también el hecho que ella constituye sólo una reformulación del problema del origen. Excepto que el guardián guarde alguna cosa que no se puede ver y entonces en este caso custodiar, guardar, significa esconder, sustraer a la vista. Y ¿porqué esconder la ley? Porque, como en el relato de Kafka, ¿la ley ciega? Y más todavía: esconderla, ocultarla en el secreto, sacralizarla: todo esto, ¿para salvar la ley o para excluirla de la vista?

En un interesante artículo de 1990 con el título *Constitución como adquisición evolutiva*, Luhmann se preguntaba qué cosa hubiese de *nueva* en la Constitución. Él se preguntaba en qué cosa consistiese la *novedad* que podía ser expresada a través de una transformación semántica de viejos contenidos de sentido presentes en el concepto de Constitución. Más que una transformación semántica, a fines del siglo XVIII, se produce una convergencia de dos tradiciones de significado presentes en el término Constitución. Una refería el concepto a la estructura, a la íntima conexión que mantenía unido y rendía como único un cuerpo físico, social, político, al modo en que se conservaba la unicidad de una conexión orgánica. La Constitución podía ser buena o mala, ella daba forma al ser, que en la dimensión temporal de sus manifestaciones se sabía expresado como derecho viviente: una concepción de la temporalidad del derecho todavía ampliamente difundida. Pero había también otra tradición que refería el concepto a textos escritos de derecho positivo, una tradición que emanaba del derecho romano. Eran los decretos, las ordenanzas. Entonces estos dos diferentes discursos semánticos se encuentran, confluyen sobre un territorio que parece predispuesto a acogerse al hecho de que en ellos se ha producido la convergencia y entonces la presencia simultánea de exigencias y disponibilidades diferentes: la exigencia de un control de la voluntad expresada por el Parlamento, al menos en la forma de activaciones de garantías de respeto a la autonomía de las acciones de los individuos; la exigencia de obtener un reconocimiento jurídico de la comunidad política organizada; la disponibilidad de una gran tradición semántica que describía la sociedad desde el punto de vista de un instituto jurídico: el contrato. Una tradición que sobre la figura del contrato fundaba la legitimidad del poder político, el ejercicio de la fuerza, las formas de sus delimitaciones. La idea del contrato social, una idea que continúa siendo largamente difundida y presente en la mayor parte de las teorías constitucionales modernas, deriva su fuerza y su resistencia del hecho que oculta la paradoja de la fuerza vinculante del contrato que se funda sobre el presupuesto de la fuerza vinculante del contrato. Ocultada la paradoja, la construcción funciona: la

voluntad expresada en el contrato no puede ser retirada, no se puede renunciar a las condiciones puestas y a las condiciones aceptadas; ya los ejercicios, el actuar, ya la nuda vida, son manifestaciones que materializan la aceptación del contrato. Que a su vez justifica la pretensión del reconocimiento de los individuos como titulares de la voluntad contractual y entonces la pretensión de una reformulación de las condiciones cuando los eventos o los hombres o la vieja estabilidad han consumido los requisitos de su propia aceptabilidad.

Contenidos de sentidos diferentes reactivan viejos conceptos, renuevan la portada semántica y condensan en las nuevas artificialidades soluciones para emergencias propias del presente. Estas emergencias tienen nombre, vueltas, rostros, historias, lugares diferentes. Ellas toman cuerpo en Europa, en América; son emergencias que requieren nuevas estructuras de orden. La tradición semántica, los contenidos de sentido que se rinden disponibles, dan la voz, la palabra a aquellas emergencias. Se trata del enfrentamiento entre nobleza, clero y burguesía, se trata de las exclusiones sociales del cuarto Estado; se trata de la corrupción y del embarbarecimiento administrativo del poder; se trata de la necesidad de buscar la legitimidad por el poder político y de la imposibilidad de conservar a la política o a la propiedad el monopolio de la administración de justicia. Se trata de esto o de la ruptura de la vieja estratificación social, de la exigencia de reconocimiento de nuevos derechos de propiedad o de la libertad de movimiento de los individuos y consecuentemente de comercio y de ciudadanía, incluso también de la legitimidad de las imposiciones fiscales y de la libertad de religión, todas estas emergencias son semánticamente incluidas, encuentran reconocimiento, vienen absorbidas, reunificadas en la nueva, híbrida, unidad de sentido que se llama *Constitución*. Esta unidad encierra en sí el sentido del *ser* y del *deber ser*. Ella es un hecho histórico, un texto escrito, es un documento que testimonia la forma manifiesta de la conexión íntima de una sociedad, más precisamente de un pueblo, y juntamente es un documento jurídico, texto que prescribe los modos de ejercicio de la voluntad que se han aceptado en el contrato social en virtud del cual la comunidad se organiza y se conserva como la unidad jurídica de reconocidas diferencias. La Constitución es un vínculo que la comunidad se da a sí misma, por medio del cual determina el presente y se abre al futuro, da voz a sus expectativas de futuro rindiéndolas normativas. El texto constitucional está atravesado en cada una de sus formulaciones por la duplicidad de *ser* y *deber ser*. Eso es esta duplicidad fijada en un presente

que comienza de sí mismo. Como la razón para Kant, así la Constitución empieza de sí, así como el tiempo político, el tiempo jurídico de la comunidad tiene su propio inicio en aquél inicio que es la Constitución. La cual constituye el pueblo como pueblo de la Constitución. No obstante, una circularidad que funciona.

Hay, sin embargo, necesidad de un elemento ulterior, un elemento que, sobre el plano semántico, devengue posible la clausura de la circularidad y que permita al inicio encontrarse consigo mismo. Un punto, éste, que puede ser cualquier punto de la circularidad, porque es el punto en el cual aquello que no está vinculado se vincula ligándose a sí mismo. También aquí viene en ayuda la tradición semántica de un concepto político disponible ya de mucho tiempo, un concepto que originariamente tenía como referencia material una diferencia, luego la exclusividad del poder, después la exclusividad del poder querer. Se trata del concepto de soberanía. También aquí una revisión semántica que hace devenir accesible un concepto provisto de gran potencial operativo. La soberanía, una fórmula resolutive que expresa la idea de un poder privado de vínculos que, por esto mismo puede vincularse. La soberanía es la instancia extrema, última, suprema que confiere al poder el derecho de ser poder. Ella cambia de posición, pasa del monarca al Parlamento, al pueblo. Cuando ella, sin embargo, se concentra en el pueblo, el poder ya se ha diferenciado en Poder Legislativo y Poder Ejecutivo y la jurisdicción se ha especificado como aplicación del derecho que ahora es plenamente positivo. Y en efecto estas distinciones, las diferencias que ellas justifican, inmunizan al poder político respecto del pueblo que ha devenido titular de la soberanía justamente porque está privado de poder. La soberanía comienza de sí y se concluye en sí misma. Ella abre y cierra la circularidad de la Constitución. La abre porque se funda sobre sí misma y entonces puede ser tratada como fundamento de sus manifestaciones; la cierra, porque en la dimensión temporal la Constitución tiene la función de impedir que se verifiquen y se legitimen otros actos fundantes como aquellos de los cuales ella misma ha surgido.

El texto que se fija como Constitución presenta la característica que Douglas Hofstadter atribuye a las *jerarquías intrincadas*. Se trata de sistemas en los cuales están presentes *extraños anillos*. Con esta fórmula Hofstadter define aquél fenómeno que consiste en el hecho de reencontrarse inesperadamente, subiendo o descendiendo a lo largo de los grados de cualquier sistema jerárquico, con el punto de partida. Un fenó-

meno representado maravillosamente por Escher en muchos de sus cuadros: se piensa en la *Cascada*, o también en *Manos que diseñan*. Imágenes espléndidas de estructuras que retornan sobre sí mismas. Que se refieren a sí, que hablan consigo mismas. Como el lenguaje, como cada estructura autorreferente. Como cada estructura que está incompleta y es indescriptible, justamente porque éstas son sus características. El texto constitucional es un texto jurídico. Pero es un texto que habla de sí, que se escribe desde sí. Esto parece un algo que se programa por sí mismo. La mano izquierda diseña la mano derecha que diseña la mano izquierda. Observando el cuadro olvidamos la existencia de Escher, de aquél que lo ha diseñado. Así como observando la Constitución olvidamos su carácter autológico, olvidamos el tiempo, olvidamos la paradoja constitutiva de aquello que se vincula para quedar privado de vínculo. Cometemos el error topológico que nos lleva a no ver la paradoja de la soberanía como un extraño anillo y entonces a no ver que “cualquier cosa que estaba dentro del sistema sale del sistema y actúa sobre el sistema, como si estuviese fuera del sistema”, como dice Hofstadter. El sistema es aquí, naturalmente, la constitución. Aquello que está dentro y sale es la soberanía, pero podría también ser la razón, el lenguaje. Aquí interesa la soberanía, una idea, un concepto-clave, como dicen los constitucionalistas, el cual concluye en un modo poco glorioso una larga carrera semántica. *Termina como tautología*, la soberanía dice de sí que es soberana; o tal vez *termina como paradoja*: una construcción que funciona sólo si es ocultada, si no se ve. Al llegar a este punto, entonces, se impone con insistencia una sospecha: no es que el custodio de la ley, el guardián que está delante de la ley, quiere esconder propiamente esto, la paradoja de la soberanía y la autología de la Constitución? Y los custodios de la ley, entonces, ¿se comportan siempre así, todos del mismo modo?

Hemos visto que cuando la idea constitucional se afirma, la descripción de la sociedad, la representación del orden social y del orden político, así como la legitimación del poder, todo esto, viene realizado con el recurso a construcciones jurídicas. Aquello que se había llamado “problema hobbesiano del orden”, un problema social y específicamente político, venía tratado con conceptos y representaciones jurídicas. También la soberanía, que es una cuestión política, encuentra colocación y determinación de sí misma en un texto jurídico. La Constitución, entonces, es un texto jurídico que fija, textualiza cuestiones políticas: ella trata jurídicamente problemas políticos,

determina el orden político como orden jurídico. En la Constitución, en su estructura autológica, opera una referencia externa respecto de la cual, no obstante, la Constitución como texto jurídico se considera inmunizada respecto al derecho, justo porque la Constitución determina los límites y fija las barreras al tratamiento jurídico de los problemas políticos que no son aquellos relativos a las mismas condiciones del actuar político como actuar diferenciado respecto del actuar jurídico. En efecto, la Constitución, opera *como memoria de la unidad de la diferencia entre política y derecho*. Memoria que no significa recuerdo. Memoria es una función siempre presente, todas las veces que se reactualiza el sentido a través del texto. Memoria no es reactualización del pasado, operación imposible; ella es la función que permite construir sentido en el presente y atribuir este sentido a la presencia del texto. En este modo la memoria se transforma por cada una de sus reactualizaciones, por cada operación que ella rinde posible. El texto tiene un sentido; el sentido no es el texto; el texto es un texto jurídico que fija un orden político que se legitima con base en el derecho que él produce y al cual se declara dispuesto a someterse. Esta circularidad se llama *democracia*.

¿Es posible que el custodio de la ley quiera sustraer justamente esto a la vista del campesino? Y qué cosa deja ver en el lugar de esta cegante luminosidad. Él deja ver sólo aquello que se puede ver: diferencias, jerarquías, contingencias, necesidades.

La primera diferencia usa la distinción entre un derecho inmutable y uno mutable, entre una ley superior y una ley ordinaria. Esta distinción de rango al interior del derecho expone cada operación jurídica a la posibilidad de violar el derecho. Todo el derecho puede siempre ser ilícito, así como puede ser siempre lícito. La distinción se aplica al derecho de las expectativas de tener derecho, al derecho de la competencia para sancionar las violaciones del derecho y al derecho de las competencias para producir derecho. La autología del texto constitucional se libera así de los extraños anillos que la caracterizan. Los corta, los interrumpe. En este modo el sistema del derecho se vuelve accesible para sí mismo, como decía Luhmann. El sistema se puede observar, puede usarse a sí mismo para reconocer sus mismas operaciones, puede asimetrizarse, puede inmunizarse. Pero, en particular, puede legitimarse desde sí como sistema de inmunización de la sociedad. En esta función el derecho rinde posible un actuar político de la política, así como un actuar económico de la economía. En particular, a través del uso de la distinción de poder legítimo y

de poder ilegítimo rinde operativa la paradoja de la soberanía de la cual ahora, como se dice, el derecho rinde legítimo el ejercicio.

La otra distinción que deviene posible en virtud de la separación entre *poder político*, como lugar de materialización de la soberanía y *jurisdicción*, y la distinción entre legislación y administración de la justicia. En otros términos el derecho es ahora plenamente derecho positivo. A través de su positivización el derecho alcanza un alto nivel de complejidad, pero al mismo tiempo alcanza un alto nivel de trivialización. Ello deviene más complejo porque alcanza a absorber siempre más variedad de casos y entonces a tratar una cada vez más grande variedad de eventos. Eso aumenta así su capacidad de aprender de sí mismo, la capacidad de activación selectiva de su propia memoria, de producir alternativas. El derecho puede devenir siempre más trivial porque cualquier evento puede ser tema del derecho. Y esto refuerza el trabajo de interpretación y la posibilidad de incongruencia entre las operaciones de decisión. En otros términos disminuye el nivel de justicia del sistema. Es esta una condición interna del sistema jurídico que es consecuencia del hecho de que el sistema político practica su competencia universal para tratar políticamente todos los temas que él construye como relevantes confiriendo carácter jurídico a sus decisiones. Pero en tanto que la memoria del sistema político opera de forma absolutamente distinta del modo en que opera la memoria del sistema jurídico y la primera no está expuesta a problema de congruencia entre las decisiones, como en cambio lo está la segunda, la cual, a su vez, no es sensible al ambiente de la misma manera que la primera, ocurre que entre ambas hacen pantalla, encuentran reparo en aquel sustrato inviolable que está constituido por las representaciones de valores depositados en la Constitución. Son los niveles inviolables que Hofstadter demuestra que existen detrás de una jerarquía intrincada. Son las seguridades últimas, como las llama Luhmann, las *intocabilidades*. Son los contenidos de sentido del viejo derecho natural presentados como razón universal, son las raíces de viejos derechos de propiedad reformulados como derechos individuales. Son los requisitos de la universal inclusión de todos en el sistema jurídico y en el sistema político. Esto es, son los requisitos que universalizan el acceso a la comunicación social. En otros términos, son precondiciones de la modernidad de la sociedad moderna, como veremos.

Son aquellos constructos de sentido que derivan su inviolabilidad de la internalización de referencias externas: *la naturaleza, la razón, la comunidad perfecta, la humanidad, la dignidad, la igualdad, la equidad*. Entramado en las conexiones de sentido que constituyen la trama del texto constitucional, aquellas inviolabilidades pierden el carácter originario de referencias externas y conquistan el carácter de descripciones del ser, de nombres para los contenidos de sentido que son propios de aquella conexión orgánica que es la constitución de una sociedad, de una comunidad política. Ahora se llaman *derechos universales, derechos humanos, derechos fundamentales*. Ellos vienen declarados como seguridades inviolables, pero en la economía lógica de las Constituciones tienen la función de jerarquizar el sistema jurídico, de activar la diferencia universal entre constitucional e inconstitucional, como código de valoración de la conformidad o no conformidad del derecho al derecho. Porque la Constitución es un texto jurídico, naturalmente. Y no hay un derecho superior o externo respecto a la Constitución. La cual, en este sentido, funciona ella misma como un “extraño anillo”: “cualquier cosa que esté dentro del sistema, sale del sistema y actúa sobre el sistema, como si estuviese fuera del sistema”. Tal como la soberanía. Y desde que el uso de la distinción constitucional/inconstitucional es lícito sólo en el ámbito de aquellos procedimientos que determinan el mantenimiento, esto es la conservación, decimos también el espacio cognitivo de la Constitución, esto es en el ámbito de aquellos procedimientos que determinan las violaciones de la Constitución, se puede sin más reconocer que la soberanía que, ejercitada por el Poder Constituyente, produce la Constitución, ahora cambia de posición y, en el ininterrumpido presente de la conservación de la Constitución, pasa de las manos del soberano (del que porta el Poder Constituyente) a las manos de su custodio, el guardián, el juez constitucional. Finalmente, entonces podemos ver qué cosa custodia el custodio.

*We are under Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.*<sup>1</sup> Así se lee en un texto del inicio del siglo pasado. Falta ver qué cosa significa el hecho que nosotros vivimos bajo una Constitución y después que cosa dicen los jueces que sea una Constitución. La Constitución es, sin más, un texto normativo. Ella no contiene descripciones de situaciones, de condiciones, de estados de cosas, como se dice. Como el lenguaje

<sup>1</sup> Esta expresión se le atribuye a Charles Evan Hughes quien trabajara como como “Associate Justice” de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y luego la presidiera entre 1930 y 1941.



ella habla, sea directamente, o indirectamente, de sí misma. Por esto construye extraños anillos, para retomar nuevamente la formula que hemos usado. Ella, entonces, es un texto autológico: habla de sí. En este sentido entonces, reflexionándose como autológica, la Constitución se presenta como el inicio: del tiempo del derecho y el tiempo de la política. La Constitución es la memoria de esta temporalidad. No ciertamente en el sentido del recuerdo, de la conservación, pero sí en el preciso sentido de la memoria, esto es de la continua invención, al presente, del propio inicio, de la continua reactivación, al presente, del propio inicio, de la continua presencia de la propia función selectiva. Pero el inicio está antes del tiempo, es aquella cosa de la cual el tiempo comienza. Como la razón, también el inicio está antes que el tiempo. Por esto, para la Constitución no vale el principio según el cual el derecho posterior cancela el derecho precedente. Y entonces, aquello que la Constitución reactiva, constituye y reconstituye, es al mismo tiempo la diferencia de derecho y política y la modalidad de su acoplamiento, el grado de recíproca irritación, el umbral de la interrupción de su interdependencia. La Constitución, justo en cuanto al inicio, cada vez que viene citada reinserta el tiempo en el tiempo. Ella delimita, canaliza, orienta las diferentes temporalidades a través de la construcción de sentido, esto es a través de la imputación de un sentido del inicio. La autología refleja, presente en sí misma, en cada reactualización suya, opera como descripción y como interpretación al mismo tiempo. Ella describe un mundo que ella interpreta. Ella es observación de observaciones. El intérprete de la Constitución es un observador de nivel todavía superior. Él describe descripciones y interpretaciones y las usa como un proyecto para el futuro, como núcleo semántico en el cual se ha sedimentado el inicio. Mas este inicio, para el intérprete, es su presente. La Constitución, como se dice, es siempre el resultado de un acto fundacional. Un texto que es un instrumento para abrir el futuro. Ella, en efecto, es un instrumento jurídico para el disciplinamiento de la política y al mismo tiempo es un instrumento político para la construcción de formas de realidad, de comportamientos, de eventos. En la Constitución se conserva, se esconde, se sustrae a la vista la unidad de la diferencia de derecho y política. Se oculta el hecho que el derecho se funda sobre sí mismo, esto es privado de fundamento y que la política de la sociedad moderna produce el consenso que la legitima. La autología refleja de la Constitución interrumpe la circularidad de la clausura de los dos sistemas y cada vez que su texto es citado determi-

na la modalidad y el umbral de su acoplamiento. El texto constitucional, en otros términos, transforma circularidades en asimetrías, clausuras en espacios cognitivos, anillos en linearidades.

La realidad de la Constitución, entonces, no es, como también se dice, la Constitución material, o tal vez el pueblo, la nación, la justicia social o cualquier otro elemento que la tradición haya usado como contenido de sentido. La realidad de la Constitución es la diferenciación social, la forma de aquella diferenciación. Esto en el doble significado: que la Constitución describe aquella forma, que aquella forma se condensa en la específica unidad de la diferencia que es la Constitución. En otras palabras en el sentido que la Constitución *describe* aquella forma. Y entonces en el sentido que la Constitución *interpreta* aquella forma, usa como realidad su interpretación y las interpretaciones de la Constitución son redescripciones, esto es reactivaciones en el presente, y entonces representaciones de la Constitución justo en esta su función. La Constitución entonces constituye realidad en este sentido preciso. Ella constituye aquello que interpreta como realidad y, su interpretación, deviene el espacio de realidad en el cual actúa la diferenciación social. La función del juez constitucional consiste en reactivar continuamente este proceso de construcción de la realidad. El juez interpreta interpretaciones, redescrive descripciones, reabre inicios, reencierra circularidades. Veremos cómo.

La Constitución, hemos dicho, es la unidad de una diferencia. Ahora, en el texto, la diferencia no se ve. La distinción de derecho y política es inobservable. En cada diferencia hay una inobservabilidad, hay una latencia que es la misma diferencia. Para observar una distinción es necesario distinguirla de cualquier otra cosa, es necesario usar otra distinción. La cual, naturalmente, restará inaccesible a sí misma. Pero justo esto es aquello que hace el intérprete de la Constitución. Él observa con el uso de otras distinciones. De vez en vez él condensa sentido a través de la producción de sentido. Él observa latencia por medio de la producción de latencia. Es claro que el juez aplica derecho al derecho, que él usa la distinción de constitucional e inconstitucional, de igual y diferente, de racional y arbitrario. Es claro que él afirma que con su trabajo concretiza principios, aunque los principios no se concretizan e incluso no se aplican. Pero es claro que *en realidad él redescrive la inobservable latencia reactivando latencia que él mismo no puede observar*. A través de la interpretación el juez no dice qué cosa es la Constitución, él no indica una tautología; así como él no custodia una luz inagotable y no conserva tam-

poco valores inmutables. Mediante la interpretación el juez construye sentido con base en el texto, esto es, transforma el texto mismo, porque en cada intervención suya se implica a sí mismo sin poderse ver. Y, por tanto, solamente la interpretación de la Constitución distingue cada vez entre interpretación constitucional e interpretación inconstitucional: la autología se repite, se refleja sobre sí misma y nosotros continuamos pensando que en este modo se produce justicia, igualdad, libertad.

Se pueden utilizar diferentes técnicas de redescipción, se pueden nominar diferentes cánones de interpretación, se pueden dar imágenes diversas de la razón: en la redescipción de la latencia el intérprete implica-se a sí mismo sin poder observarse. Pero es justamente así como se produce la evolución. Se afirman imprevisibles condensaciones de sentido, se practica selectividad no calculable, se producen reestabilizaciones que diseñan nuevos horizontes para el actuar. Y así este específico trabajo de la construcción de la realidad se puede representar como investigación del derecho que no se identifica con la totalidad de las leyes y que sería, en cambio, inmanente a la totalidad de sentido del ordenamiento constitucional. Un “plus de derecho”, como dice la Corte Constitucional alemana, o también “aquello que no está expreso en las normas”, como dice la literatura italiana, que usa la expresión: *jura contra leges*. Entonces, está el recurso a una geografía lingüístico-conceptual que justifica el recurso a la cautela con la que se practican las construcciones de realidad. Hay un espacio de lo posible, de lo razonable, de lo aceptable, de lo proporcional, pero también un espacio de lo irracional y de lo arbitrario. Hay un espacio para conceptos-clave, como son llamados aquellos términos a los cuales se confía la función de indicar vínculos universales y de mutar a niveles más aceptables de orientaciones jurisprudenciales no más plausibles. Siempre y de cualquier modo el intérprete de la Constitución opera como la instancia sobre la cual es transferida la soberanía que autoriza a redescibir la latencia, en otros términos, a observar aquello que no puede ser observado.

El hecho que el intérprete de la Constitución construya aquello que usa como realidad y que en este modo redesciba continuamente la realidad de la Constitución y entonces rediseñe los espacios de la forma de la diferenciación social, este hecho puede ser observado considerando aquello que generalmente viene siendo llamado *cambio en la orientación de la justicia constitucional*. Resulta claro que esta perspectiva de observación es la

perspectiva, esto es la distinción de un observador externo y que un tal observador puede ser no sólo la literatura, sino también una corte, un tribunal constitucional, como luego en realidad sucede.

Las primeras manifestaciones de una justicia constitucional se pueden observar en sociedades que han dejado a sus espaldas la estratificación social y al mismo tiempo en sociedades en las cuales ésta resiste como duro obstáculo a las nuevas formas de la diferenciación social, la cual puede afirmarse a condiciones que todos alcancen a obtener acceso a los sistemas sociales singulares. Se trata en otros términos de la universal inclusión de todos contra la intolerable exclusión que resistía como viejo parásito de la estratificación y de la centralidad invasiva de rústicos aparatos burocrático-estatales. Eran condiciones diferentes, según las que en el arco de pocos decenios se encontraron soluciones político-jurídicas correspondientes, las cuales luego se afirmaron en el curso del siglo XIX en la mayor parte de los Estados. En América y en Europa las Constituciones y luego la justicia constitucional que podrá comenzar a ser practicada, llevaron a la afirmación generalizada del reconocimiento de la libertad de los individuos en el sentido de la atribución de espacios generalizados de autonomía del obrar. Se afirmaron catálogos de derechos superiores que se llamaron, justamente, derechos de libertad, derechos de defensa de la ingerencia del Estado, derechos de protección de los individuos como presupuesto de la libre expresión de su personalidad. Se dice que eran derechos de la sociedad burguesa o de la sociedad capitalista; en realidad se trataba del reconocimiento tardío de los requisitos de la nueva forma de diferenciación social, ya largamente afirmada y que reclamaba la universalización de sus condiciones: sólo individuos que fuesen tratados como libres podrían proveer legitimación a un poder político ya no ligado a la naturaleza de las personas; sólo individuos que fuesen tratados como iguales podrían ser a su vez tratados como sujetos capaces de querer y entonces de ser destinatarios de imputaciones. Naturalmente estas semánticas de los así llamados derechos fundamentales contienen los límites que vienen de vez en vez reactivados: límites que se manifiestan como excepciones, exclusiones, inmadurez de los tiempos. Depende de las situaciones y, todavía más, del grado de universalización alcanzado por los sistemas sociales individuales y de sus delimitaciones regionales.

Después, cuando las consecuencias de la universal inclusión, esto es las consecuencias de la nueva forma de la diferenciación social comienzan a manifestarse y los individuos, inventados como libres, son en realidad ex-

puestos a la exclusión justo porque son incluidos y las desigualdades, las diferencias, las amenazas y las violencias emergen del propio y normal funcionamiento de los sistemas sociales, entonces la justicia constitucional se orienta no solamente a la protección de los derechos, sino también al bienestar de los ciudadanos, a su propia seguridad, a las situaciones de minoridad. El problema a tratar no es más la delimitación de la intervención del Estado, más precisamente lo es la extensión de sus competencias para compensar las consecuencias de sus mismas decisiones. En este punto la justicia constitucional cambia su interés en la activación de las garantías del Estado liberal a la activación de las garantías de la compensación del estado social. Se abren camino ideologías de una justicia social según la cual el público compensa a los individuos por las consecuencias de las decisiones con las que el público provee ventajas a otros individuos, los cuales naturalmente componen un número más limitado que los primeros. Una justicia redistributiva, podemos decir, que se afirma hasta cuando se piensa que la capacidad de endeudamiento del Estado, esto es del público, sea infinita. Políticas monetarias sostienen las expectativas de los individuos que están siempre excluidos y todo esto se llama *Estado de bienestar*. La política está siempre orientada a la necesidad de estabilizar un consenso que la justicia de la compensación rinde muy vulnerable y ficticio y así se abren camino políticas ecológicas, de educación, políticas coyunturales que producen y alimentan expectativas de intervención pública de tipo preventivo de los daños que se pueden verificar en el futuro. La justicia constitucional se orienta a este género de expectativas y trata el texto constitucional como el proyecto de un orden social destinado a la realización de condiciones de vida aceptables para todos: ahora las preocupaciones se restituyen a la vida, a la dignidad, a la equidad, al dolor.

Estas preocupaciones de la justicia constitucional dejan entrever que también en la observación de la Constitución han penetrado hoy incertezas del futuro que han soterrado el viejo optimismo de las premisas liberales de un Estado de derecho. La política tienta resarcir su incompetencia para compensar los riesgos de sus decisiones a través de un hipertrófica ocupación de los espacios del actuar social. Y esta incompetencia rinde piadosos los esfuerzos de revitalizar viejos instrumentos como la soberanía, la razón, los valores, los fundamentos. Estas viejas paradojas son ineficaces respecto a las nuevas, aquellas que emergen de las consecuencias de la diferenciación moderna de la sociedad. Nosotros sabemos que no es posible redistribuir recursos, reducir pobreza, aumentar riqueza, reducir desigualdad. En nuestra so-

ciudad somos más pobres porque somos más ricos, somos más desiguales por somos más iguales, corremos más riesgos porque disponemos de tecnologías más seguras, hemos extendido el espacio del no-saber justamente porque hemos extendido el espacio del saber. *El único recurso que puede ser distribuido es el riesgo*, y éste puede ser distribuido en modo racional: si con racionalidad entendemos el carácter de las decisiones que incrementan la posibilidad de actuar y que frente al riesgo están en grado de reverse a sí mismas.

¿Puede el juez constitucional, con los instrumentos que dispone, afrontar el desafío de esta racionalidad? O tal vez también nuestro juez constitucional, de frente a la ruptura de las viejas construcciones, de frente a la consumación del viejo orden de la política, de la soberanía y de los Estados, dará todavía una vuelta más como el guardián de la ley en el cuento de Kafka: el campesino que, esperando entrar en la ley, ha consumido sus días y sus fuerzas y que al final pregunta como puede ser que si todos quieren alcanzar la ley, sin embargo, ninguno en todos esos años, fuera de él, ha pedido entrar; a aquél campesino moribundo el guardián le responde: “Ningún otro podía obtener el permiso de entrar aquí, porque este ingreso estaba destinado sólo a ti. Ahora me voy y cierro”.