

**Nueve Ensayos  
Constitucionales  
y una Lección Jubilar**

**Peter Häberle**

  
**PALESTRA**

  
ASOCIACIÓN PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

NUEVE ENSAYOS CONSTITUCIONALES  
Y UNA LECCIÓN JUBILAR

PETER HÄBERLE

NUEVE ENSAYOS  
CONSTITUCIONALES Y UNA  
LECCIÓN JUBILAR

Presentación y edición al cuidado de  
Domingo García Belaunde

Nota liminar de  
Joaquín Brage Camazano



Lima — 2004

NUEVE ENSAYOS CONSTITUCIONALES Y UNA LECCIÓN JUBILAR

Peter Häberle

*Primera edición, febrero de 2004*

**Traducciones de:** Luciano Parejo Alfonso, Francisco Balaguer Callejón, Carlos Ruíz Miguel, César Landa Arroyo, Elvira Méndez Chang, Joaquín Brage Camazano, Mariella Trujillo Württele y Carmen Zavala.

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

© Copyright : PETER HÄBERLE  
© Copyright 2004 : ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
© Copyright 2004 : PALESTRA EDITORES S.A.C.  
Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1  
Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025  
E-mail: [palestra@palestraeditores.com](mailto:palestra@palestraeditores.com)  
Website: [www.palestraeditores.com](http://www.palestraeditores.com)

**HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY**

Cert N.º 1501012004-0601

ISBN: 9972-733-56-4

*Impreso en el Perú*

*Peru*

## SUMARIO

PRESENTACIÓN DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE .....	7
NOTA LIMINAR DE JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO .....	9

### **Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar**

§ 1 EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO FRENTE A LA JUDICATURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	23
§ 2 ¿EXISTE UN ESPACIO PÚBLICO EUROPEO? .....	55
§ 3 RECIENTES DESARROLLOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN ALEMANIA .....	79
§ 4 <i>INCURSUS</i> . PERSPECTIVA DE UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL MERCADO: SIETE TESIS DE TRABAJO .....	99
§ 5 LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL INSTITUCIONALIZADA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL .....	121
§ 6 LA REVISIÓN "TOTAL" DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SUIZA DE 1999/2000 .....	135
§ 7 EL ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO .....	155
§ 8 NORMATIVIDAD Y REFORMABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CIENCIAS DE LA CULTURA .....	173
§ 9 LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y UNIVERSAL DE LOS BIENES CULTURALES: UN ANÁLISIS COMPARATIVO .....	187
§ 10 LAS CIENCIAS (DEL DERECHO) COMO FORMA DE VIDA .....	215
ÍNDICE GENERAL .....	231

## PRESENTACIÓN

No es ésta la primera vez que publicamos en Lima un libro de ensayos del eminente constitucionalista Peter HÄBERLE, pero sí es el primero que se hace con motivo de una ocasión especial.

En efecto, en meses pasados, a solicitud de un grupo de profesores de la Facultad de Derecho, la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra *alma mater*, concedió al prof. HÄBERLE, el doctorado *honoris causa* en reconocimiento a sus numerosas e importantes contribuciones al constitucionalismo contemporáneo.

A diferencia de otros maestros alemanes, el prof. HÄBERLE se ha preocupado no sólo por mirar a su entorno europeo, e incluso a las nuevas democracias europeas del Este, sino a nuestros países latinoamericanos, a los que ha dedicado agudas reflexiones y frecuentes referencias.

En el ámbito de sus inquietudes intelectuales, abundan en su obra los temas nuevos y de actualidad, cargados de intuiciones certeras y enfoques originales, recogidos en libros y ensayos de vasta difusión. Y muchos de ellos, felizmente, traducidos al castellano.

Como he recordado en otro lugar, conocí a HÄBERLE en 1992, y creo que gracias a ese feliz encuentro, se tendió por vez primera un puente entre

este ilustre maestro y la comunidad constitucional latinoamericana. Y el primer libro que de él se publica en América Latina, aparece en Lima, por iniciativa de César LANDA, y que consiste en una inteligente selección de su tesis doctoral, efectuada por su discípulo italiano Paolo RIDOLA, y a cargo del Fondo Editorial de la Universidad Católica (esto, en 1997). Las bondades de esta obra, rápidamente acogida en nuestro medio, se advierten cuando constatamos que ha merecido una reciente reimpresión por parte de la Editorial Comares de Granada. Y después han venido multitud de ensayos y folletos, y más recientemente, una obra compendiosa y representativa de su autor: *El Estado constitucional*, originalmente publicada en México en 2001 por la UNAM y reimpresa en Lima, por el Fondo Editorial de la Universidad Católica, en coedición con la prestigiosa universidad mexicana.

Los textos que aquí se reúnen han sido publicados con anterioridad, en diversas revistas especializadas de España y América Latina, y por eso se encontraban dispersos. Hasta donde alcanza mi información, estos ensayos no han sido hasta ahora compilados en forma de libro, lo que es el factor principal, pienso, para reunirlos como una unidad.

Todos ellos se reproducen tal cual, con apenas ligeras correcciones de estilo o de erratas notorias que se filtraron en los originales, y para eso se obtuvo la autorización no sólo de los traductores, sino del autor, que ha aceptado expresamente esta compilación suya y que, desde ya, agradecemos. El título que se le ha puesto es un indicativo de su contenido, y me fue sugerido por Joaquín BRAGE CAMAZANO, a quien agradezco ésta y otras colaboraciones suyas, en la difusión de la ingente producción haberliana. Y a quien he solicitado una nota liminar que ubique al autor y a su obra para el público lector.

Este libro ha sido preparado no sólo para los fines antes indicados, sino para ofrendarlo como homenaje al prof. HÄBERLE, quien tiene programada una visita a nuestra ciudad el próximo mes de febrero.

Lima, octubre de 2003.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

## NOTA LIMINAR

*"[...] La ciencia puramente empírica del Derecho es, como la cabeza de las fábulas de Fedro, una cabeza que podrá ser bella, pero tiene un defecto y es que carece de seso".*

INMANUEL KANT

**I**.- Peter HÄBERLE nació en 1934 en Göppingen, que es una pequeña y bien antigua ciudad en el *Land* alemán de Baden-Württemberg, al Sur de Alemania, que celebra en este año su *Jubiläumsjahr 2004* por cumplirse los 850 años del primer documento escrito cuyo original se conserva en que aparece una referencia a la ciudad (*Apud Geppingen*, firmado por el Emperador de la dinastía de los *Hohenstaufen*, Federico I, "Barbarrosa") y los 600 años del primer documento en que se menciona su famosa agua mineral (cfr. [www.850.goepingen.de](http://www.850.goepingen.de)), y ciudad en la que, pocos años después del nacimiento de HÄBERLE, la allí particularmente amplia comunidad judía sería aniquilada por los nazis (en memoria de aquellos terroríficos acontecimientos de la "solución final a la cuestión judía" y los que le precedieron, y para que nunca se repitan, se levantó, entre otros monumentos, el Museo Judío de Göppingen-Jebenhausen en 1992). Pasado, y superado, ese período negro de la historia alemana, HÄBERLE estudió Derecho en las Universidades alemanas de Tübinga, Bonn, y Friburgo, así como en la francesa de Montpellier (en donde nació, por cierto, Jaime I de Aragón y que incluso dependió directamente de la Corona de Aragón). Es en Friburgo de Brisgovia, cuya Facultad de Derecho es una de las más prestigiosas del país teutón, donde HÄBERLE empieza a trabajar en la investigación jurídi-

ca como discípulo del Prof. Dr., Dr. *Honoris causa múltiple* Konrad HESSE (discípulo, a su vez, de Rudolf SMEND, de quien HÄBERLE se considera “nieto académico”), hasta que en el año 1961 obtiene el grado de Doctor en Derecho con una tesis sobre “La garantía del contenido esencial [de los derechos fundamentales] en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn”<sup>1</sup>, que hoy es considerada como un trabajo doctrinal clásico. Luego permaneció en la bonita ciudad de Friburgo de Br., como asistente del Profesor

- 
1. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales es, sin duda, una creación original alemana, pero, como ha ocurrido otras veces, puede descubrirse un antecedente en Latinoamérica, que he visto citado por algún autor alemán (STERN), pero que paradójicamente no se ha estudiado entre nosotros, en la comunidad iberoamericana, como precedente, ni siquiera se lo suele citar. Me refiero al artículo 28 de la Constitución decana de América, la argentina de 1853/1860: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Y es ya copiosa y antigua la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dice que “no existen derechos absolutos, sino que éstos se ejercen de acuerdo a las leyes que reglamenten su ejercicio, con el solo límite de que la reglamentación sea razonable, principio que se desprende del artículo 28 de la Constitución Nacional [ ] En este orden de cosas, se está frente a normas irrazonables o arbitrarias, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad (conf. CSJN, Fallos 311:394; 314:1376, entre tantos otros)”. Pero es que aún más interesante es lo que al respecto decía, según me hace saber el constitucionalista argentino Gustavo Ferreyra, el Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina elaborado por el gran jurista Alberdi, a quien puede considerarse como padre de la Constitución argentina de 1853 (cuya vigencia perdura hasta nuestros días), publicado en 1852 y que los constituyentes argentinos leyeron y relevaron junto con las explicaciones de Alberdi. Pues bien, la Primera Parte de este Proyecto constitucional llevaba por título “Principios, derechos y garantías constitucionales” y su capítulo segundo reconocía un catálogo bien amplio de “derechos a todos los habitantes de la Confederación, sean naturales o extranjeros” (art. 16), que enumeraba en los artículos 16 a 19 y luego el artículo 20 remataba diciendo, con referencia a estos derechos constitucionales (a los que se designa también, como es sabido, como garantías), nada menos que lo siguiente: “las leyes reglan el uso de estas garantías de Derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja, o adultere en su esencia”. El capítulo tercero de esta Primera Parte regulaba, en los artículos 21 y 22, toda una serie de derechos constitucionales específicos de los extranjeros con gran amplitud y su precepto final, el artículo 23, estipulaba, con referencia a estos derechos de los extranjeros (igualmente designados como “garantías”, como es frecuente en Latinoamérica): “las leyes y los tratados reglan el ejercicio de estas garantías, sin poderlas alterar o disminuir”. También tiene su interés, en fin, el artículo 36, que prescribía: “las leyes orgánicas que reglen el ejercicio de estas garantías de orden y de progreso no podrán disminuirlas ni desvirtuarlas por excepciones”, si bien con ello se refería a las garantías de los artículos 24 y siguientes (capítulo cuarto), que regulaban los deberes militares, la sedición y la usurpación de funciones públicas, el estado de sitio, etc. Desde luego, no está acreditado, y no parece probable que así fuera, que los constituyentes de la Ley Fundamental de Bonn conocieran este precedente ni que, por consiguiente, se inspirasen en él para consagrar su hoy afamada y expandida “garantía del contenido esencial” de los derechos fundamentales, pero debe reconocerse que es una cuestión que bien merecería un estudio, hasta ahora inexistente, incluso en la doctrina argentina, al menos hasta donde sé yo.

HESSE, hasta el año 1968. En 1969 se habilita como Catedrático y es llamado a las Universidades de Mannheim y Marburgo, luego en 1973 a la de Bochum. Hasta 1976 permaneció como Catedrático de Derecho Público y Eclesiástico en la Universidad de Marburgo, donde llegó a ser Decano, de donde pasa luego a la Universidad de Ausburgo y, finalmente es llamado y nombrado Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejercerá sus tareas docentes e investigadoras hasta la actualidad, al unísono que actúa como profesor visitante permanente en la cercana Universidad suiza de Sankt Gallen (desde 1980).

El profesor HÄBERLE es, además, Doctor *Honoris Causa* por las Universidades Aristóteles de Tesalónica (Grecia, 1994) y de Granada (España, 2000) y pronto lo será en Lima por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde también tanto se le aprecia, científica y personalmente. Ha sido profesor invitado en Universidades italianas, españolas, suizas, griegas, austriacas, polacas, ucranianas y japonesas y ha dado conferencias en muchos países y ciudades a lo largo de Europa, pero también en América Latina y África. Ha sido *Fellow* del Colegio de la Ciencia de Berlín y ha recibido diversas condecoraciones, entre las que se cuenta la Orden del Mérito de la República italiana en el grado de Gran Oficial y la Cruz al Mérito con banda de la Orden del Mérito de la República Federal de Alemania. En 1998 se le concedió el Premio Max Planck a la investigación en el ámbito de la cooperación internacional, otorgado por la Sociedad Max Planck y la Fundación Alexander von Humboldt, siendo, según MIKUNDA, la primera ocasión en que se otorgó este premio a un investigador alemán. Desde 1983 (tomo XXXII), HÄBERLE es el director del prestigioso *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (*Anuario de Derecho Público del Presente*, nueva época), prestigiosa publicación periódica dirigida con anterioridad por Gerhard LEIBHOLZ y Hermann v. MANGOLDT y antes aún, bajo el nombre de *Das Öffentliche Recht der Gegenwart* (*El Derecho Público del presente*), editada por Max HUBER, Georg JELLINEK, Paul LABAND y Heinrich TRIEPEL, entre otros ilustres juristas europeos; y también es el profesor HÄBERLE Académico correspondiente de la *Philadelphia Constitution Foundation* y de las Academias de Ciencias de Heidelberg y Baviera, así como miembro de las Asociaciones alemana y suiza de Derecho constitucional, y de la *Academia Scientiarum et Artium Europaea*. Es también, por último, desde el año 1998, miembro de honor de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

II.- El Prof. Dr. Peter HÄBERLE, a quien sólo por su generosidad y la del Prof. Dr. García Belaunde me cabe ahora presentar brevemente pese a

mi falta de títulos suficientes para ello, es, antes que nada, un gran humanista y con ello quiero resaltar que algo que se percibe enseguida tanto cuando uno conoce personalmente al Prof. HÄBERLE, como cuando uno conoce su obra simplemente: que no sólo es un jurista de una talla excepcional, sino también (probablemente porque ello debe ir siempre unido) un hombre de cultura en el sentido más amplio de la palabra, un renacentista en pleno siglo XXI, que lo primero que le enseña, embelesado, a uno al entrar en su casa son los objetos diversos que tiene en la misma con referencias a grandes genios, alemanes fundamentalmente, de la cultura occidental, en particular juristas, músicos y literatos (allí están los grabados con los retratos de SAVIGNY y KANT, GOETHE o BEETHOVEN, que HÄBERLE muestra con admiración patente como "gigantes" del pasado de cuyos réditos todavía vivimos). También en sus obras contiene referencias constantes, muchas veces sólo tácitas y que hay que descubrir, a ideas de pensadores ajenos al mundo del Derecho, que él adapta para darles un sentido o enfoque que contribuya a aclarar sus propios puntos de vista. Uno no puede dejar de sorprenderse tampoco cuando, como investigador visitante en su Cátedra en la Universidad de Bayreuth, HÄBERLE, con hospitalidad exquisita, tiene la gentileza de invitarlo a su casa y allí improvisa, junto a algún discípulo suyo aficionado también, un logrado concierto de música clásica para piano y violín. Todo ello no es más que otra manifestación, espontánea, del gran humanista que es HÄBERLE. También se observa ello claramente, por ejemplo, en su reciente "Lección jubilar", editada en este libro.

Si a lo anterior unimos la compleja y rica prosa del Prof. HÄBERLE, su gusto por las "fórmulas condensadoras", así como el hecho de que una de las características que hace más interesante su pensamiento es que "transciende" siempre la concreta realidad positiva y va "más allá" de los planteamientos tradicionales, alejado en particular de todo "positivismo

- 
2. Ha sido DE VEGA, entre nosotros, quien ha destacado que, en el tiempo presente, la jurisprudencia constitucional y los problemas relativos a la formación de esta doctrina jurisprudencial se han convertido en los centros de referencia en torno a los cuales se sitúan las cuestiones y problemas más importantes de la más reciente teoría constitucional y, dada la exclusivista y ambiciosa pretensión de reducir y concentrar en la jurisprudencia constitucional toda la problemática de la teoría constitucional, ello ha llevado a la distorsión y al abandono de las cuestiones capitales del Derecho público, en torno a las cuales giraron las grandes polémicas en el pasado. Es lo que llama DE VEGA "positivismo jurisprudencial". Pedro DE VEGA GARCÍA, "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º 1, 1.º semestre 1998, pp. 85-86. El profesor HÄBERLE coincide básicamente con estos planteamientos en su praxis e incluso así lo reconoce en su recensión al conocido libro de ALEXY sobre la teoría de los derechos fundamentales, en la que considera objetable la tesis de ALEXY de que la "perspectiva

jurisprudencial"<sup>2</sup>, resulta entonces fácil adivinar que HÄBERLE no es siempre un autor de fácil lectura, sino más bien todo lo contrario. O, si se prefiere, como ocurre muchas veces con los clásicos, su obra permite casi siempre dos lecturas: una, superficial, que sólo permite apreciar los aspectos más aparentes y literales de sus reflexiones y que satisfará a los que buscan sólo la aproximación a sus grandes ideas o, más simplemente, la cita fácil del autor prestigioso con que engalanar un texto (y sus "fórmulas condensadoras" se prestan mucho a ello); y otra, más profunda y densa, que requiere un esfuerzo activo y que permite descubrir, de su mano, aspectos complejos de los fenómenos y los institutos jurídicos y, sobre todo, permite ir más allá de los planteamientos tradicionales al respecto, sin dar muchas veces una solución acabada, sino simplemente planteando nuevas cuestiones y diversas soluciones o caminos posibles para llegar a ellas, generando debate en suma. Porque otra característica que forma parte de la idiosincrasia

---

judicial" sea la perspectiva que primariamente caracteriza a la Ciencia del Derecho, pues no sólo olvida las importantes dimensiones de la teoría de la legislación y de la Administración y en conjunto de la política constitucional (la teoría constitucional también debe reflexionar sobre las posibilidades que tiene el constituyente), sino que ni siquiera al Tribunal Constitucional se le presta el mejor servicio con esta atadura a Karlsruhe (sede de dicho Tribunal), *Karlsruhe locuta, causa finita*. A HÄBERLE le parece cuestionable que la jurisprudencia constitucional haya de ser el "material más importante" para una teoría constitucional. Más bien, le parece a HÄBERLE, la Ciencia del Derecho, si quiere preservar su función crítica y sugestiva, debe guardar mucha distancia respecto al Tribunal Constitucional. No todas las cuestiones constitucionales (relativas a los derechos fundamentales, pero su razonamiento parece extensible a todas las cuestiones constitucionales) son decididas por el Tribunal Constitucional y si no fuese la teoría constitucional una y otra vez "a contracorriente", no sería otra cosa en realidad que un (post)glosador epigonal de dicho Tribunal; también debería ponerse en cuestión una y otra vez, dice HÄBERLE, la eventual "jurisprudencia constante" (y los propios votos particulares como "jurisprudencia alternativa" pueden jugar algún papel al respecto) y la Ciencia ha de mantener su función autónoma, aunque desde luego considera que en la actualidad dicha función está demasiado poco valorada. Lo más importante es que a esta concepción, "confesada" en el mencionado comentario bibliográfico, responde también toda la producción científica de HÄBERLE como uno de sus rasgos más significativos, a mi juicio. En este sentido, podría decirse, utilizando la terminología de DE VEGA, que HÄBERLE no es un positivista jurisprudencial, por más que ello hoy le haga aparecer como un *rara avis* en el panorama doctrinal constitucional europeo e incluso alemán, pero ello es también lo que dota de originalidad y singularidad a su obra. Y así, por ejemplo, respecto de su libro sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, acaso su obra más importante, destaca FERNÁNDEZ SEGADO "la importancia de esta obra que, ofreciéndonos formalmente como una reflexión sobre una norma concreta de la *Grundgesetz*, no sólo desborda ampliamente con sus reflexiones el marco constitucional alemán, sino que se constituye en una de las más relevantes aportaciones de la segunda mitad del pasado siglo a la dogmática constitucional". Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, "Estudio Preliminar. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo", en Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, traducción del alemán de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Colección Dykinson Constitucional, Madrid, 2003, p. LXI.

de HÄBERLE, si no yerro, y tanto en lo personal como en lo académico y doctrinal, es una nota que él, en su tesis doctoral a la que luego nos referiremos, tanto destacó en la obra de uno de los grandes inspiradores de su pensamiento, HAURIUO: su sensibilidad para el equilibrio en el Derecho, su carácter integrador, que le lleva a tratar de sustituir los planteamientos disyuntivos de “todo o nada”, “esto o aquello”, por otros conjuntivos que sumen fuerzas e integren teorías, del tipo “esto y aquello”, que por lo demás me parece que es necesariamente el enfoque que ha de presidir también, por necesidad, el funcionamiento de los modernos tribunales constitucionales y de las sociedades crecientemente pluralistas en que vivimos.

Esta integración pragmática de elementos teóricos que caracteriza a HÄBERLE no ha de llevar a pensar, sin embargo, que su obra es una mera síntesis de construcciones ajenas contrapuestas. Precisamente una de sus singularidades es que su obra *no* es eso; no es HÄBERLE, según me parece, un mero ecléctico, aunque un pragmático sincretismo, en especial respecto de las reflexiones de los gigantes de Weimar (pero no sólo de ellos), sí está presente, notoriamente, en toda su obra. Su producción integra, ciertamente, elementos de diversas teorías y escuelas, pero ello lo hace al servirse de esos elementos para construir su propia teoría, explicación o argumentación, que justamente se caracteriza al mismo tiempo por grandes dosis de originalidad, y también por plantear nuevas cuestiones, nuevos problemas con una cierta “visión de futuro” y por descubrir nuevos aspectos o dimensiones de los temas analizados, aunque consciente siempre de que no hay *nihil novi sub sole*. Todo ello podrá comprobarlo enseguida el lector de la presente obra, o lo habrá comprobado ya si, con buen criterio, se ha saltado esta estéril *Nota*.

III.- La obra de HÄBERLE es amplísima<sup>3</sup> y su completa comprensión, que desde luego escapa a quien estas líneas escribe, resulta dificultada por

- 
3. Numerosos de sus artículos han sido traducidos al castellano, como los recopilados en esta obra. En cuanto a sus libros en español, pueden citarse, además de su tesis doctoral *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (cit. en nota 2), los siguientes: *Retos actuales del Estado constitucional*, Instituto Vasco de administración Pública, Oñati, 1996; *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, traducción del italiano de Carlos Ramos, PUCP, Lima, 1997; *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998; *El Estado constitucional*, traducción del alemán e índices de Héctor Fix Fierro, UNAM-PUCP, Lima, 2003 (1.ª ed., UNAM, México, 2001); *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción del alemán e introducción de Emilio MIKUNDA, Tecnos, Madrid, 2000; *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, traducción del alemán de Emilio MIKUNDA, Tecnos, Madrid, 2002; (en colaboración con su discípulo Markus KOTZUR), *De la soberanía al Derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción del alemán de Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 2003

no haber escrito nunca un Tratado u otra obra que recopile todo su pensamiento, lo que se debe, según él siempre explica con reverencial respeto a su *Doktorsvater* (padre doctoral) o maestro, a que, existiendo el magnífico Manual del profesor HESSE (que lleva más de veinte ediciones desde 1966, en que publicó la primera, cuando tenía como ayudantes a unos jóvenes Friedrich MÜLLER y HÄBERLE, entre otros, cuyas observaciones ya agradecía entonces HESSE en el Prólogo a sus *Grundzüge des Verfassungsrecht*, que luego devendría igualmente clásico), no hacía falta ningún otro *Manual* o *Tratado* y él, por su parte, no podría escribir otro mejor. Baste decir que HÄBERLE es autor de más de 40 libros y varios cientos de artículos y reseñas, género este último que ha cultivado y sigue cultivando con profusión y esmero y ello por pensar que no es, a diferencia de lo que ocurre en España, un género menor, reservado para los principiantes.

Si, al margen ya de sus conferencias y ponencias, tenemos en cuenta sus reseñas y comentarios jurisprudenciales y bibliográficos, algunos de los cuales, de gran valor, se aproximan a pequeños trabajos monográficos, puede decirse que no hay casi aspecto del Derecho constitucional contemporáneo que HÄBERLE no haya abordado científicamente. Pero también ocurre lo mismo si nos limitamos a sus trabajos monográficos, que abarcan los más diversos temas del Derecho constitucional de nuestros días. Acaso su obra más importante siga siendo hoy en día su tesis doctoral sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, que es una de las contribuciones más importantes en ese campo y hoy es ya un libro clásico, del que se han hecho tres ediciones en Alemania (hecho absolutamente excepcional en este país para una tesis de doctorado en el ámbito jurídico, según se valoró al otorgarle el Premio Max Planck). Pero HÄBERLE también ha escrito obras o trabajos esenciales sobre la democracia, que preside todo su pensamiento y sobre la que ha profundizado teóricamente como pocos juristas contemporáneos; el pluralismo y la "sociedad abierta" en sus más diversas manifestaciones; el Derecho constitucional de la Cultura y la cultura jurídica, también en Europa, así como la relación recíproca del Derecho y la literatura y de los derechos y la cultura; el Derecho constitucional común europeo, que con tanto ahínco ha promovido; el Estado prestacional; el Estado constitucional de Derecho; los principios constitucionales; los derechos fundamentales y la dignidad de la persona y su tutela; el desarrollo jurídico-constitucional a través de sucesivas etapas textuales; el texto y el contexto; los procesos jurídico-constitucionales de recepción; el Derecho constitucional comparado, en especial de los países europeos, también de los países del Este; la relación recíproca de la Ley Fundamental alemana y otras Constituciones; la interpretación de la Constitución, y de los derechos fundamentales en particular; la justicia constitucional en sus más diversas manifestaciones, tanto en su organización y funcionamiento internos como

en la elección de los magistrados y su posición política; el Derecho constitucional y la política; el Derecho constitucional y el Derecho privado; la historia constitucional; el poder legislativo; el estatus de los parlamentarios; los partidos políticos; el Derecho natural; el bien común en el Estado constitucional y en Europa; el Derecho y la cultura constitucional y el tiempo; los preámbulos constitucionales; las relaciones administrativas, también de sujeción especial; el federalismo y el regionalismo; el Derecho constitucional de los *Länder*, cantones o regiones; la reforma constitucional y el poder constituyente tanto en Alemania como en otros Estados, y tanto a escala federal como a escala regional o de los Estados, cantones o *Länder*; la reunificación alemana y el proceso de unificación europea; la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional alemán, de otros Tribunales Constitucionales europeos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; el Derecho constitucional económico, el mercado y la “economía social de mercado” como tercera vía; el Deporte y el Derecho constitucional; las fuentes del Derecho constitucional y europeo; la teoría de la Constitución y la Constitución como proceso; Constitución y contrato social; la Ética en el Estado constitucional; el *ius commune americanum* ... El “inventario” temático podría proseguir, pero con lo anterior bastará para hacerse una idea de lo dificultoso de exponer de forma sintética y sistemática su pensamiento jurídico-constitucional.

Y en cuanto a la forma, ha cultivado el profesor HÄBERLE todos los géneros literarios imaginables del Derecho constitucional (e incluso ha escrito también sobre estos géneros científico-literarios): el artículo doctrinal, la nota, el libro monográfico, la recensión, el comentario bibliográfico o jurisprudencial, la coordinación de libros colectivos o la contribución a ellos, la recopilación de escritos de otros autores, etc.

Una parte considerable y plural de su obra está traducida, según la última información de que dispongo, a los siguientes idiomas: español, italiano, inglés, japonés, coreano, griego, portugués, polaco, croata, eslovaco, húngaro, vasco y catalán, lo cual permite constatar el enorme interés que, pese a su complejidad y densidad, su obra despierta allende las fronteras germanas, hasta el punto de que creo no equivocarme si afirmo que el Profesor HÄBERLE, aun habiendo sido indudablemente profeta en su tierra y con bien amplio reconocimiento (ya se ha hecho referencia a que se le otorgó la Cruz al Mérito de la RFA), ha tenido más repercusión, y sobre todo *antes*, fuera de Alemania que en su propio país y es, al día de hoy, el constitucionalista alemán más “internacional” (hecho también valorado al otorgarle el Premio Max Planck) y no sólo eso, sino también el más sensible a las experiencias jurídico-constitucionales foráneas y uno de los que más ha contribuido, científicamente, y con un profundo e interiorizado sentido de la tolerancia, a la construcción de la cultura y la unión político-constitu-

cional de Europa en las últimas décadas, de lo que es buena muestra su fundación del Instituto de Investigación de Derecho constitucional europeo en la pequeña ciudad bávara de Bayreuth.

IV.- Las líneas maestras de su vasta obra han sido expuestas brillantemente por los profesores VALADÉS y FERNÁNDEZ SEGADO en sendas introducciones a dos libros en castellano del profesor HÄBERLE recientemente traducidos, a las que aquí hemos de remitirnos por razones obvias de espacio y porque difícilmente podría decirse algo nuevo o mejor, como también recomendamos la consulta de los sesudos *Estudios Preliminares* del profesor MIKUNDA respecto de las concretas obras por él traducidas. Pero importa poner de relieve que en lo que coinciden todos los que han estudiado la obra haberliana es en destacar su riqueza de planteamientos, la profundidad de sus análisis, su originalidad doctrinal. Así, FERNÁNDEZ SEGADO destaca que HÄBERLE está bien alejado de todo pensamiento encasillado y que su monumental e ingente obra científica se caracteriza por su extraordinaria creatividad y pensamiento sugestivo, que lo situarían a la altura de los autores de Weimar<sup>4</sup>.

HÄBERLE, con la modestia que tantas veces caracteriza a los grandes maestros, suele insistir en que es un enano aupado a los hombros de los "gigantes de Weimar"<sup>5</sup>: KELSEN, SCHMITT, HELLER y SMEND, entre otros. Desde luego, aun aceptando que nuestro autor fuera sólo un *Nanus positus super humeros gigantis*, cabría decir que, al saber auparse a esas espal-

4. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, "Estudio Preliminar ...", cit., p. XXIII.

5. Es indispensable la lectura del artículo de Domingo GARCÍA BELAUNDE, "Los gigantes de Weimar (A propósito de una visita a Peter HÄBERLE)", *Ius et Veritas*, Lima, N.º 17, noviembre 1998, que tanta repercusión ha tenido: "[...] otro de los temas en que derivó la conversación fue lo que él llamó los 'gigantes de Weimar', y que constituían un *quartetto* [...] En opinión de HÄBERLE, nosotros en la actualidad somos prácticamente obreros del Derecho constitucional, discretos enanos que para ver más lejos, para poder avanzar, nos tenemos que subir a los hombros de los gigantes de Weimar, que son KELSEN, SCHMITT, HELLER y SMEND". En esa referencia a los "gigantes", sobre cuyos hombros debemos auparnos, hay, como tantas veces, un "guiño" tácito a una famosa metáfora, cuyo origen parece que se remonta al siglo XII y se atribuye a Bernard DE CHARTRES, y también Juan DE SALISBURY decía: *Nos sumus sicut nanus positus super humeros gigantis*. Parece que ya en una vidriera de la Catedral de Chartres aparecían representados los Evangelistas San Juan y San Marcos sobre los hombros de los profetas Ezequiel y Daniel, lo que plasmaría la idea en que pudo inspirarse Bernard. Luego, pasado el tiempo, NEWTON haría célebre la frase de que "si he conseguido ver más lejos es porque me he aupado en hombros de gigantes" y también FREUD, según relata GARCÍA BELAUNDE, la utilizó. HÄBERLE se vale de ella para indicar la necesidad que tenemos hoy todavía de subirnos a las espaldas de KELSEN, SCHMITT, HELLER y SMEND para afrontar los problemas actuales de la Ciencia del Derecho público y él se incluye, con humildad, como un "enano" más, entre los que así han de hacerlo.

das, ya no sería tan “enano” y, en este sentido, el profesor DE VEGA GARCÍA, acaso uno de los mejores conocedores de los pensadores clásicos de Weimar, ha podido considerar con justicia que la Teoría haberliana de la Constitución como proceso público, directamente inspirada en el racionalismo crítico de POPPER, es “la más significativa Teoría de la Constitución de nuestro más inmediato presente histórico”. Y FERNÁNDEZ SEGADO puede también afirmar que, en realidad, estamos ante “un gigante entre los gigantes” del Derecho constitucional de nuestros días por la profundidad de sus conocimientos, la originalidad de su metodología, la constante apertura de su pensamiento a nuevas realidades y problemas, sus siempre sugerentes reflexiones, sus novedosos aportes conceptuales y, en definitiva, la apertura de nuevos senderos para la reflexión científica, además de por su carácter pionero, pionero no sólo de la Universidad del futuro, la del pluralismo, la tolerancia y la aceptación del otro, sino también del pensamiento constitucional común europeo. De este modo, entiende FERNÁNDEZ SEGADO, la gigantesca construcción científico-constitucional de HÄBERLE “ha de ser visualizada como la aportación doctrinal de un humanista, de un jurista que, a partir de un bagaje intelectual y cultural extraordinario, que desborda por doquier el propio de la ciencia jurídica, ha orientado el conjunto de sus reflexiones hacia la construcción de una ciencia de la coexistencia cuyas coordenadas trascienden a su propio país en cuanto sientan las bases de un Derecho constitucional no especulativo, enraizado en la realidad socio-cultural, abierto, dinámico y presidido siempre por el respeto a la dignidad del ser humano y el servicio a la justicia”<sup>6</sup>. Y VALADÉS, por su parte, considera que, a la vista de la amplitud de sus aportaciones a la Ciencia del Derecho, y del cúmulo de problemas que permite anticipar y resolver, es posible caracterizar a HÄBERLE como un jurista para el siglo XXI, cuyos aportes científicos permitirán descifrar las claves del poder, complejo y proteico, de un siglo que se caracterizará por la expansión y consolidación de los derechos culturales y cuya obra es una verdadera cantera de ideas y se corresponde a la mejor tradición ilustrada europea<sup>7</sup>.

Y MIKUNDA, en fin, por su parte, buen conocedor del profesor HÄBERLE, destaca, en un plano ya más personal, la sencillez y honradez intelectual de nuestro autor, en quien nunca pudo hacer mella el conocido aforismo “siempre se llega antes a través de la política”, lo que le ha llevado a rechazar cualquier compromiso político o semipolítico, pese a las naturales tentaciones y las ventajas de todo orden que ello pudiera suponerle, y ello sin perjuicio de su profundo compromiso democrático, palmario

6. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, “Estudio Preliminar ...”, cit., p. XXIV.

7. Diego VALADÉS, “Peter HÄBERLE: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio”, en Peter HÄBERLE, *El Estado constitucional*, cit., 2003, pp. XXI y LXXVIII.

para cualquier lector de su obra, la cual, a nuestro juicio, no puede explicarse sin el rasgo profundamente “democratizante” que la recorre<sup>8</sup>.

V.- Para rematar, además de expresar la gran satisfacción que significa para mí en lo personal escribir estas líneas de presentación, para el lector en castellano, de nuestro apreciado autor, quien con tanta gentileza, sencillez y paciencia me ha atendido y aconsejado científicamente siempre que he debido molestarlo, creo que con justicia se puede decir de HÄBERLE lo que, en su día, dijo de un autor tan querido para él como Maurice HAURIUOU su traductor al castellano, el profesor argentino Arturo Enrique SAMPAY: “Como a todo hombre llamado a cumplir magnas empresas de bien común, Dios le había dado el don de la pobreza, en el sentido de librarlo de la preocupación de enriquecerse; en efecto, siendo el más afamado especialista [...] su actividad de jurisconsulto se redujo a formular gratuitamente una docena de dictámenes [ ] Tenía la cultura enciclopédica de un humanista del Renacimiento”<sup>9</sup>. A ello añadiríamos que si algún día los europeos podemos llegar a decir, orgullosos como los antiguos ciudadanos romanos, *cives europeus sum*, convendrá recordar que en ello tendremos una pequeña pero significativa deuda con el profesor HÄBERLE, quien tanto ha hecho por la cultura político-constitucional europea en las últimas décadas (también de la Europa del Este, participando incluso como asesor en algún proceso constituyente), al tiempo que, es preciso subrayarlo, ha contribuido no poco a estrechar las crecientes relaciones de Alemania con la Comunidad científica latinoamericana y a fomentar, por otro lado, la construcción de un *ius commune americanum*. A veces los “enanos”, o supuestos “enanos”, como David frente a Goliat, realizan las más grandes empresas...

Madrid, 12 de diciembre de 2003

Día de la Virgen de Guadalupe, Patrona de América Latina

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

Doctor Europeo en Derecho

Departamento de Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid (España)

- 
8. Para una aproximación a la personalidad de HÄBERLE es también de sumo interés la entrevista que le hizo Francisco BALAGUER CALLEJÓN: “Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el Prof. Peter HÄBERLE”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N.º 9, 1997, pp. 9 ss.
  9. Arturo Enrique SAMPAY, “Prólogo” a Maurice HAURIUOU, *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, traducción del francés y bibliografía de A. E. SAMPAY, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 23.







## § 1

# EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO FRENTE A LA JUDICATURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL \*

### INTRODUCCIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN

A pesar de los 25 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, el Derecho Procesal Constitucional<sup>1</sup> — esto es, cómo lo interpreta y pone en práctica el Tribunal Constitucional — no ha sido investigado de manera suficiente. Algunas sentencias fundamentales no han sido prácticamente reivindicadas desde una perspectiva teórico constitucional. Por ejemplo, con respecto a las diferentes formas de participación [E31, 87 (90 y y ss.)]; a la ampliación del “concepto de partido en el campo del Derecho procesal” en favor de los partidos políticos, en el litigio orgánico en la sentencia sobre las asociaciones regionales<sup>2</sup>, a los “involucrados en los hechos” en el

---

\* Publicado en *JZ* (1976), p. 377-384, con apéndice (1978).

Publicado en *Pensamiento Constitucional*, Lima, N.º 8, 2001. Revisión de Mariella Trujillo Württle. El título oficial es “Tribunal Constitucional Federal alemán”, que aquí abreviadamente se denomina “Tribunal Constitucional”.

1. §§ Cuando no hay mayores datos, la referencia es a la Ley Fundamental (Constitución) aprobada en Bonn en 1949, y que sigue vigente.
2. E13, 54 (81 y ss.), consultar también E27, 10 (17) y (muy discutido: E4, 27 (30 y s.)). En E13, 54 (94) se encuentra la orgullosa mención del Tribunal Constitucional como “Amo del Proceso”.

marco del § 32, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional [E23, 33 (40 y s.)]; al artículo 100, párrafo 2 de la Ley Fundamental y de su interpretación a partir del artículo 25 de la Ley Fundamental y del § 83, párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional [E 23, 288 (316 y ss.)]; a la competencia del Tribunal Constitucional, de encontrar, a falta de normas legales, “por sí mismo aquellos principios legales, que sean *necesarios* para un desarrollo legal y ordenado del proceso” [E4, 31 (37)]; a la validación de principios procesales generales en los litigios constitucionales [E 33, 247 (261 y ss.)]; al concepto de la Ley Fundamental de “litigio constitucional” [E 27, 240 (245 y ss.)]; a la interpretación de las disposiciones sobre la parcialización (E 35, 171, 172 y ss.);<sup>3</sup> a la conexión de diferentes modos de procedimiento [cf. E 12, 295 (222 y s.)] y a los efectos de conexión que no subsisten en función del propio Tribunal Constitucional [E 4, 31 (38)]<sup>4</sup>.

Más importante aún es la sistematización de la práctica para la Ley del Tribunal Constitucional, que se ha comprimido a lo largo de estos años<sup>5</sup> a tal punto, que ahora existe una tradición diferenciada de la jurisprudencia, cuya riqueza y profundidad recién se percibe plenamente de manera retrospectiva<sup>6</sup>. En la literatura ha sido investigada bajo perspectivas aisladas, por ejemplo, en lo que respecta a las “evidencias de los hechos”<sup>7</sup>. Un acondicionamiento de la judicatura para el Derecho procesal constitucional

- 
3. Con respecto a esto *cf.* HÄBERLE, P., JZ (1973), 451 y ss. por una parte, Ekk. SCHUMANN, JZ (1973), 484 y ss., por otra parte. Consultar también ZWIRNER, AöR 93 (1968), 81 (133 y ss.).
  4. Con respecto a esto, Hoffmann RIEM, en *Der Staat* 13 (1974), pp. 335 y ss.; HÄBERLE, P., *ZfP* 21 (1974), 111 (120 nota 69).
  5. Eventualmente se produce una referencia a la época de Weimar; especialmente en los primeros tomos del Tribunal Constitucional: E 4, 250 (268); 3, 267 (279); 2, 143 (155); 1, 115 (116), 208 (221, 229 y s.) 351 (371). El desarrollo del Derecho procesal constitucional en sus “épocas fundacionales” fue considerablemente influenciado, también externamente visible, por los comentarios a la Ley del Tribunal Constitucional por parte de GEIGER (1952), *cf.* por ejemplo E 2, 79 (84), 143 (147), 295 (298), 307 (312); 3, 19 (34); 11, 263 (269); 13, 54 (95), también allí donde el Tribunal Constitucional no sigue a GEIGER [cf. E 2, 300 (306)].
  6. Consultar por ejemplo E 12, 205 (223) comparando con E 10, 185.
  7. PHILIPPI, *Tatsachenfeststellung des BVerfG*, (1971). Existen relativamente pocos ensayos/recensiones de carácter básicamente procesal constitucional; compárese, sin embargo, SARTS-TEDT, JZ, (1966), 314 y 22; FRIESENHAHN, JZ (1966), 704 y ss.; del mismo autor, ZRP (1973), 188 y ss.; nuevos ensayos sobre cuestiones particulares: MAASSEN, NJW (1975) 1343 y ss.; ZUCK, JZ (1974), 361 y ss., NJW (1975), 907 y ss., NJW (1976), 285. Con respecto al manejo procesal constitucional de los partidos: LIPPHARDT, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, (1975), pp. 474 y ss. Otras monografías: ZEITLER, *Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag*, (1974); SCHUPERT, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt* (1973), pp. 87 y ss.; ZEMBSCH, *Verfahrensautonomie des BverfG* (1971), especialmente 110 y ss.

recobra más importancia aún, en tanto que la “imaginación del legislador” con respecto al alcance de la jurisdicción constitucional según la Ley Fundamental, la cual carece de “modelo” a seguir, no puede prever todas las posibilidades que se dan en este ámbito [E 2, 79 (84)]. Por ello, también las reglas referidas al procedimiento de la Ley Fundamental y a la Ley del Tribunal Constitucional “necesariamente” contienen una serie de “vacíos” y corresponde al Tribunal Constitucional desarrollar los principios legales para su procedimiento,<sup>8</sup> a partir de los lineamientos básicos señalados en la Ley Fundamental y en la Ley del Tribunal Constitucional (incluyendo en este concepto a todas sus modificaciones). Debido a ello, son frecuentes las interpretaciones teleológicas “correspondientes” de la Ley del Tribunal Constitucional o que están “en el espíritu” de éste.

Algunas de las expresiones fundamentales y eventualmente demasiado generales con respecto a las tareas y funciones del Tribunal Constitucional, tienen su origen en la “época pionera” del Tribunal Constitucional, que éste<sup>9</sup> prácticamente no volvió a repetir de la misma manera. Estas expresiones son comprensibles, ya que el Tribunal Constitucional primero tuvo que luchar para que se comprenda su rol, y ocasionalmente tuvo que improvisar rápidamente un (auto) retrato ante la opinión pública<sup>10</sup>. En aquellas épocas iniciales, el Tribunal Constitucional muchas veces se vio obligado a hacer armonizar su propia Ley con las normas procesales de la Ley Fundamental.

La práctica del Tribunal Constitucional influyó en el legislador, en tanto que éste, en las *enmiendas* de 1956, 1963 y 1970, reformó algunos institutos de la Ley del Tribunal Constitucional en el sentido de que “recogían” positivamente los “desarrollos” que partían del Tribunal Constitucional,<sup>11</sup>

---

8. Ley del Tribunal Constitucional 2, 79 (84) destacando E 1, 109, 415, 208. Con respecto a la creación de derecho procesal desde el Derecho judicial: HEUSINGER, *Rechtsfindung und Rechtsfortbildung ...*, (1975), pp. 92.

9. *Cfr.* E 2, 79 (84 y ss.), 143 (150 y ss.).

10. *Cfr.* por ejemplo el gran dicho de “guardián de la Constitución”: E 1, 184 (196 y s.) repetido en E 40, 88 (93); consultar también E 1, 351 (359): “Le corresponde a la función especial de la jurisdicción constitucional, independientemente de la mayor o menor vigencia del caso, el desarrollar el derecho constitucional a través de las sentencias y asegurar la paz legal para el futuro”.

11. Así, para el voto extraordinario (§ 30 párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional), las sentencias referidas al § 15 párrafo 2, pp. 4 (por ejemplo E 20, 162) y el dato de las relaciones de la mayoría señalaban prácticamente en esa dirección; además en el caso de la denegatoria de hacer valer la expresión de una opinión científica como causa de desestimación; *cfr.* E 1, 66 (68 y s.); 2, 295 (298) ó § 18, párrafo 3 N.º 2 de la Ley del Tribunal Constitucional (4.ª Ley

y se pudo reelaborar el Derecho procesal constitucional, que en tanto *law in action*, orientaba a la Ley Fundamental.

A continuación no sólo examinaremos las sentencias que se refieren expresamente a normas procesales constitucionales de la Ley Fundamental y de la Ley del Tribunal Constitucional; sino también aquellas que demuestran la práctica del Tribunal, sin que exista ninguna interpretación explícita (eventualmente sin ninguna fundamentación); tal vez para minimizar los juicios orales según los párrafos §§ 25, párrafo 1, 94 párrafo 5, p. 2<sup>12</sup> de la Ley del Tribunal Constitucional.

---

modificatoria del 21.12.1970, BGBl.I, pp. 1765); para el § 93 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional (1.ª modificación del 21.7.1956, BGBl.I, pp. 662), *cfr.* E 9, 109 (112): “apoyándose” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consultar también *ib.*, pp. 117; para los §§ 31, párrafo 2, pp. 2 (3.ª Ley de modificación del 3.8.1963, BGBl.I, pp. 589) y 13 N.º 8a (4.ª Ley de modificación 1970): E 3, 19 (34). Consultar también E 2, 124 (132 y s.) retomando un proyecto de ley de la República de Weimar. También la modificación del § 79, párrafo 1, a través de la 4.ª Ley de modificación (“norma declarada incompatible” con la Ley Fundamental) debe verse dentro del contexto de la jurisprudencia. Para la modificación del instrumento de información y participación del § 80 (párrafo 4 así como 94 párrafo 3), consultar la 2.ª y 3.ª Ley de modificación de la Ley del Tribunal Constitucional, o E 31, 87 (92). Sólo podemos dejar planteada la pregunta de hasta qué punto la *GeschOBVerfG* del 3.7.1975 (BGBl.I, pp. 2515) es una práctica puesta “en forma”.

12. *Cfr.* E 25, 158 (163): “no se requiere de juicio oral” (sin fundamentación); consultar también E 24, 112 (116). Consultar además E 18, 288 (296), 19, 76 (82): “No se ofreció un juicio oral”, en E 19, 166 (171) sólo se dice que no es de esperarse una mayor promoción del procedimiento; igualmente E 40, 141 (156). Paradigmáticamente E 11, 77 (83): “Como nadie apoyó el procedimiento, pudo tomarse una decisión sin un juicio oral”; consultar también E 8, 28 (32); 9, 20 (26); 10, 1(2), 55 (58), 234 (238), 332 (335); 11, 89 (93), 126 (129), 245 (249), 283 (286), 310 (316). Así en E 8, 71 (75) dice: “Ya que los solicitantes han renunciado a un juicio oral, podemos decidir a través de la sentencia (*cfr.* sentencia del Tribunal Constitucional 2, 307 (312))”. Esto no está fundamentado. El § 25 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional es una prescripción *facultativa*. No existe ninguna relación automática entre juicio oral y decisión por sentencia. Según el E 2, 213 (218) “siguiendo una interpretación que guarde el sentido del § 25 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, se puede deducir que en caso de que nadie participe en un proceso, depende de la evaluación del Tribunal Constitucional si quiere pronunciarse en base a un juicio oral”. El Tribunal Constitucional también menciona los puntos de vista relevantes: “mayor aclaración de las cuestiones jurídicas”. Sólo que ésta es también posible para procesos sin involucrados. Pero el sentido de la garantía de un juicio público justamente es el de “abrir” el proceso a los no involucrados. Según la *regla* un juicio oral (público) ante el Tribunal Constitucional es *per se* una “exigencia del proceso”. E 2, 213 (217 y s.), pero se ha convertido en un caso ejemplar: *cfr.* por ejemplo con E 2, 266 (272); 6, 55 (62); 7, 29 (36), 45 (49), 89 (92), 183 (185); 8, 28 (32), 155 (163), 210 (213), 274 (289 y s.), 332 (338).

## I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE SIETE CUESTIONAMIENTOS DE CARÁCTER TEÓRICO CONSTITUCIONAL

### 1.1 Interpretación de carácter específicamente teórico constitucional de las normas procesales constitucionales. Interpretación de la Ley del Tribunal Constitucional “a partir de la Ley Fundamental”

El Derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental en dos sentidos: en que él mismo es un Derecho constitucional concretizado y en que le sirve al Tribunal Constitucional para concretizar la Ley Fundamental. La gran “capacidad de concretización” del Tribunal Constitucional, demanda ahora una fundamentación del Derecho procesal constitucional de carácter teórico-constitucional.

El Tribunal es plenamente consciente del problema de la “conversión” de las normas generales de la Ley Fundamental en normas procesales especiales de la Ley del Tribunal Constitucional;<sup>13</sup> sobre todo, en los primeros años estaba abocado a la tarea de aplicar constitucionalmente las disposiciones de la Ley del Tribunal Constitucional, teniendo en mente los artículos de la Ley Fundamental. Y no se restringió a una “subordinación” unilateral de la Ley del Tribunal Constitucional a lo expresado en las disposiciones de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional procede de manera más cautelosa. Se llega a producir efectos retroactivos del Derecho procesal constitucional sobre los artículos de la Ley Fundamental y efectos recíprocos o interpretaciones concordantes de la Ley Fundamental y de la Ley del Tribunal Constitucional. Estos fueron observados, por una parte, en la interpretación constitucional de las leyes y, por otra parte, por la interpretación conforme a las leyes de la Constitución<sup>14</sup>. Y confirman así la tesis de la conveniencia de una interpretación material del Derecho procesal constitucional<sup>15</sup>.

Un ejemplo de decisiones, en las que una determinada configuración del Derecho procesal constitucional ha conducido al Tribunal consciente o inconscientemente, encubierta o explícitamente a determinados métodos interpretativos, es la interpretación del §79, párrafo 1.º F. *BayerfGG*: allí donde el Tribunal Constitucional retrocedió ante una declaración de nulidad

---

13. Cfr. E 13, 54 (72).

14. Al respecto Hesse, *Grundzüge*, 8.ª ed. (1975), pp. 31 y ss., 34; HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1.ª ed. (1962), pp. 210 y ss., del mismo autor, “Rezension”, en *AöR* 90 (1965) pp. 117 (120 y ss.)

15. Al respecto HÄBERLE, *JZ* (1973), 451 y ss.

de las leyes y las interpretó correspondientemente<sup>16</sup>. Estos efectos retroactivos del Derecho procesal constitucional sobre la interpretación constitucional, son la contraparte a los casos antes mencionados<sup>17</sup>.

Hay que distinguir entre la interpretación y la “conversión” de las disposiciones procesales de la Ley Fundamental en el Derecho procesal constitucional. Algunos ejemplos de disposiciones *materiales* son los efectos de la “influencia” de la Ley Fundamental en la Ley del Tribunal Constitucional en forma de derechos fundamentales,<sup>18</sup> partidos (artículo 21 de la Ley Fundamental),<sup>19</sup> parlamentarios (artículo 38 de la Ley Fundamental),<sup>20</sup> fracciones,<sup>21</sup> que se encuentran también en una serie de otras sentencias<sup>22</sup>.

- 
16. Por ejemplo E 16, 130 (división en distritos electorales), al respecto BÖCHENFÖRDE, Ch., *Die sog. Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze* (1966), pp. 81 y s., mis comentarios en *DÖV* (1966), 660 y ss.; E 21, 12 especialmente 39 y ss. (sentencia sobre el impuesto al valor agregado): *cf.* Ch. BÖCKENFÖRDE, *DÖV* (1967), 157 y ss., HÄBERLE, P., *AöR* 95 (1970), 260 (277 y s.).
  17. El “condicionamiento procesal” de la argumentación jurídica material ha sido investigado ahora más exhaustivamente (críticamente) en uno de sus aspectos por LIPPHARDT, *Op. cit.*, pp. 169, 227 y s. 465, 503.
  18. Según E 1, 87 (89) “la capacidad de interponer una demanda constitucional es influenciada por la configuración de los derechos fundamentales particulares”, consultar también E 19, 93 (100 y s.); 28, 243 (254) con una mención a la “relación de los derechos fundamentales con respecto a la relación jurídica en litigio en el procedimiento prejudicial”. Para el concepto “similar a los derechos fundamentales” (§ 90 de la Ley del Tribunal Constitucional): E 6, 445 (448); 8, 1 (11); para el artículo 19 párrafo 3 de la Ley Fundamental: E 4, 7 (12), E 31, 87 (91): argumentación a partir “del sistema y de la función de la demanda constitucional en el sistema de defensa legal de la Ley Fundamental”, para el asunto de los participantes en el marco de un proceso secundario según § 32, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional. E 9, 89 (93 y s.): Aprobación de la necesidad de protección jurídica frente a la “importancia de la protección de la libertad individual”.
  19. Acá la “función especial de los partidos en la vida constitucional” determina también la forma de su participación en el procedimiento jurídico constitucional: E 27, 10 (17); consultar incluso ya E 1, 208 (226, 227 y s.); 4, 375 (376); 13, 54 (81 y s.); 20, 134 (143 y s.); 24, 260 (263), 300, (331).
  20. E 2, 144 (164); 4, 144 (148 y s.); 10, 4 (10 y s.).
  21. E 27, 44 (51 y s.); 20, 56 (104).
  22. *Cfr.* por ejemplo E 9, 268 (277): La obligación con respecto a la Constitución del Estado Federal también legitima a los gobiernos de los Estados federados a validar violaciones de los legisladores de dichos Estados federados, según el artículo 93, párrafo 1 N.º 2 de la Ley Fundamental; E 25, 88 (97): interpretación del § 39 párrafo 1 pp. 3 de la Ley del Tribunal Constitucional “también” a partir del artículo 18 de la Ley Fundamental para legitimación activa de una universidad: E 15, 256 (261 y s.); consultar para el artículo 9, párrafo 1 de la Ley Fundamental: E 13, 174 (175 y s.); para la concretización del “sentido general” en el sentido del § 90, párrafo 2, pp. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional: E 27, 88 (97 y s.). En el sentido del Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado, el

Como ejemplos de la interpretación del Derecho procesal constitucional a partir de disposiciones del Derecho procesal de la Ley Fundamental, tenemos las sentencias sobre el concepto de “litigio constitucional”<sup>23</sup> entendido desde el punto de vista de la Ley Fundamental y del Derecho material. Tenemos las sentencias con respecto al artículo 100, párrafo 2,<sup>24</sup> 100 párrafo 1 de la Ley Fundamental,<sup>25</sup> con respecto a la desestimación de la ampliación del círculo de los autorizados a presentar peticiones [E 21, 52 (53)],<sup>26</sup> con respecto al artículo 44 de la Ley Fundamental,<sup>27</sup> con respecto a la determinación de los autorizados para participar en el proceso de demanda constitucional con la “función de control de normas” [E 24, 33 (45)], así con respecto a otros ámbitos de problemas.<sup>28</sup> En estos casos, se llega a efectos retroactivos sobre la Ley Fundamental<sup>29</sup>.

---

Tribunal Constitucional en E 6, 300 (303), opina que la Ley del Tribunal Constitucional, “en tanto que ha tomado en cuenta la investidura del Tribunal y de su extraordinaria posición dentro del orden constitucional en tanto uno de sus órganos supremos”, le han otorgado al Tribunal Constitucional todas las competencias necesarias para imponer sus sentencias: en el artículo E 2, 1 (77 y s.); 2, 139 (142); 5, 85 (393); 12, 36 (45); 29, 312 (317 y s.); 35, 382 (408); 38, 52 (60); 39, 1 (68). E6, 300 (304) remite al “extenso contenido de la norma, que en realidad ha convertido al Tribunal en el amo de la ejecución”.

23. E 27, 240 (246 y s.): El término de la Ley Fundamental *litigio constitucional* sigue sirviendo de norma también para el artículo 93, párrafo 1 N.º 4 de la Ley Fundamental; a éste le correspondería el § 73 de la Ley del Tribunal Constitucional. Con respecto al artículo 93, párrafo 1 y/o §§ 63 y 67 de la Ley del Tribunal Constitucional: E 2, 79 (86).
24. E 23, 288 (316 y ss.), de donde se sigue una interpretación del artículo 25 de la Ley Fundamental y simultáneamente del § 83, párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional: un ejemplo clásico del vínculo entre Derecho constitucional material y Derecho procesal constitucional.
25. Comparando los §§ 77 y 82 de la Ley del Tribunal Constitucional: E 11, 330 (335).
26. Cfr. pp. 53: “La determinación del círculo de los autorizados a presentar peticiones no tiene sólo una importancia técnica, está estrechamente vinculada con el contenido jurídico constitucional y político constitucional de los litigios jurídicos que le son asignados al Tribunal Constitucional”.
27. Cfr. E 2, 143 (165 y s.).
28. Con respecto al § 64, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional como interpretación y reformulación del artículo 93, párrafo 1 N.º 1: E 2, 347 (366), 143 (157 y s.); para el uso del § 24 de la Ley del Tribunal Constitucional en el marco del artículo 100: E 9, 334 (336); para el § 73 de la Ley del Tribunal Constitucional con miras al artículo 99 y 93, párrafo 1 N.º 1 de la Ley Fundamental: E 1, 208 (222); para una precisión de la cuestión previa (§ 80 de la Ley del Tribunal Constitucional y artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental): E 24, 220 (225).
29. Cfr. E 22, 277 (281) con miras al § 48 de la Ley del Tribunal Constitucional y al artículo 41, párrafo 2 y al 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental; E 3, 45 (49): Invocación del § 91 de la Ley del Tribunal Constitucional para la interpretación del artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental. E 1, 208 (219): § 14, párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional como un argumento para la interpretación del término “litigio constitucional” (artículo 99 de la Ley Fundamental) en un sentido más amplio, consultar el papel del § 91 de la Ley del Tribunal

El “interés de la defensa legal” debe determinarse poniendo el énfasis en la Ley Fundamental. En la judicatura del Tribunal Constitucional se puede evidenciar en algunos ámbitos parciales una “objetivación” de la necesidad de protección jurídica;<sup>30</sup> en E 1, 351 (359) el Tribunal Constitucional tiene la función especial de la “jurisdicción constitucional” y con ello ha utilizado un aspecto fundamental como argumento en lo referente a la aprobación del interés de protección jurídica de la fracción socialdemócrata del Parlamento alemán<sup>31</sup>.

Según la jurisprudencia con respecto al § 32 de la Ley del Tribunal Constitucional, el efecto de una disposición provisional puede ser ampliado más allá del círculo de involucrados en el proceso, incluso a “terceros”,<sup>32</sup> los llamados “participantes peritos”. La diferencia entre los procedimientos y los involucrados en los hechos y la ampliación de la competencia de la reglamentación del Tribunal Constitucional, se fundamenta desde el Derecho material: en el Derecho constitucional una perspectiva meramente puntual sería insuficiente. Las circunstancias que han desatado la controversia constitucional son de mucho mayor alcance. Dentro de su campo de acción entran a tallar “terceros”,<sup>33</sup> en vista del poder (de influencia) de los procesos cons-

---

Constitucional en E 21, 362 (371): los derechos fundamentales y la demanda constitucional en principio no son para personas jurídicas de derecho público. E 28, 119 (134 y ss.): interpretación constitucional del § 86, párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional; a una “norma ejecutiva” al artículo 126 de la Ley Fundamental. E 10, 118 (122): “el § 39, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional precisa esta norma de la Ley Fundamental” (del artículo 18 de la Ley Fundamental). E 2, 79 (95): “Para el Tribunal Constitucional el asunto del derecho constitucional es el centro de interés, no así la posición jurídica procesal de un órgano constitucional”. Con respecto al problema de relacionar el § 86 párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional con el artículo 126 ó al 93, párrafo 2 de la Ley Fundamental: E 4, 358 (368 y s.). E 2, 79 (86) teniendo en cuenta el artículo 93, párrafo 1, N.º 1 de la Ley Fundamental: La particularidad de la legislación constitucional se expresa en que las sentencias en el litigio, casi siempre, derivan en sentencias declarativas; consultar también pp. 89, lug. cit., la “fuerza que se asemeja al principio del derecho” en el proceso de control normativo. (86 y s.) E 1, 351 (359): § 64 de la Ley del Tribunal Constitucional como configuración del proceso (artículo 94, párrafo 2 de la Ley Fundamental). Consultar además E 2, 372 (378). E 1, 208 (231 y s.): Con respecto a la relación de los §§ 67, 72 párrafo 2 y 74 de la Ley del Tribunal Constitucional, con respecto al artículo 93, párrafo 1, N.º 1, 94 párrafo 2 de la Ley Fundamental.

30. *Cfr.* LIPPHARDT, *Op. cit.*, pp. 476, 484 y ss.

31. Correspondería a la “función especial de la legislabilidad constitucional”, “sin tomar en consideración la actualidad del caso, en lo referente a desarrollar el Derecho constitucional a través de sentencias y a asegurar la paz jurídica para el futuro”.

32. E 8, 42 (46), 122 (129 y s.); 12, 36 (44 y s.); 23, 42 (49). Con respecto a la audiencia de las partes involucradas objetivamente en las sentencias sobre el financiamiento de partidos: E 20, 56 (74 y ss.), 119 (128), 134 (139).

33. Con respecto a las “repercusiones” que conducen a una sentencia parcial (§ 25, párrafo de la Ley del Tribunal Constitucional): E 38, 326 (336).

titucionales como tales. La elasticidad con la que el Tribunal Constitucional toma en cuenta esto, es ejemplar. La estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas. Este tipo de ampliaciones cautelosas de los institutos procesales, se basan en que se pone entre paréntesis la Ley Fundamental y el Derecho procesal constitucional.

La confrontación de la sentencia de pleno E 4, 27, confirma hasta qué punto el Tribunal Constitucional está interpretando el Derecho constitucional material “a través” de su interpretación de las normas procesales constitucionales y hasta qué punto permite que se efectivicen<sup>34</sup>. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional le abre el camino a los partidos políticos para el litigio orgánico, con E 13, 54 (81 y ss.) y en la que le niega el litigio orgánico a las asociaciones regionales. El Tribunal Constitucional (E 4, 30 s), en base al artículo 21 de la Ley Fundamental, califica a los partidos como “elementos necesarios para la elaboración de la Constitución”. Si luchan por los derechos que se desprenden de su “función especial en la vida constitucional”, entonces su calidad orgánica también tendría que determinar la forma de su participación en el procedimiento del Tribunal Constitucional: “siguiendo la estructura del Tribunal Constitucional”, la demanda constitucional no sería para ellos el medio procesal adecuado<sup>35</sup>. Esta “ampliación” del concepto de partido<sup>36</sup> desde el punto de vista del Derecho procesal que favorece a los partidos políticos, es fundamentada nuevamente por el Tribunal en E 13, 54 (81) en vistas al artículo de la Ley Fundamental, y lo hace en contraposición con las “asociaciones regionales”: éstas, a diferencia de los partidos políticos “no son instituciones constitucionalmente necesarias”. Los argumentos que se esgrimen contra la posición de los partidos políticos, independientemente de cuán cuestionables sean, son de naturaleza constitucional material<sup>37</sup>. El Tribunal Constitucional argumenta de manera

---

34. Un caso especial juzgado ejemplarmente es el E 13, 132 (141), en tanto que, siguiendo el artículo 98 pp. 4 BV que defiende la Constitución en el interés común y público, el Tribunal Constitucional igualó la posición de *todo* ciudadano con la de un “partido”, que persiga sus propios derechos ante el juzgado.

35. El Tribunal Constitucional, en este sentido, se siente inclinado a interpretar de manera restrictiva la invocación del artículo 33 de la Ley Fundamental en el § 90 de la Ley del Tribunal Constitucional.

36. Con respecto a la capacidad procesal de los partidos políticos en la República de Weimar, también se dio desde la perspectiva del Derecho constitucional material. E 20, 56 (108).

37. Las asociaciones regionales como “formaciones sociales libres” (p. 83), una fórmula, que en los pasajes E 20, 56 (101, 110 y ss.) hace recordar a los partidos y por lo tanto, hace controvertida la sentencia; con respecto a esto: HÄBERLE en: *JuS* (1967), 64 (73). Especialmente claro *LS* 5: “Las asociaciones regionales no son [...] instituciones necesarias de la vida

correspondiente en la fundamentación de las premisas, según las cuales un parlamentario puede llevar a cabo un litigio orgánico, tomando en cuenta el artículo 38, párrafo 1 de la Ley Fundamental.<sup>38</sup> La reciente inclusión de los siguientes seis ámbitos de problemas y casos, dan una noción amplia de hasta qué punto el Tribunal Constitucional en los 40 tomos de sus sentencias, ya ha “ingresado” e ido más allá del Derecho procesal<sup>39</sup> en el sentido de una concretización de la Constitución.

## 1.2 La autonomía del Derecho procesal constitucional

La autonomía del Derecho procesal constitucional, entendida aquí en sentido amplio, tiene consecuencias en la configuración específicamente constitucionalista de la Ley del Tribunal Constitucional y de su interpretación “desde la perspectiva de la Ley Fundamental”. El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado, implica necesariamente tomar una cierta distancia con respecto a las demás normas procesales. No son una “conversión” de la Ley Fundamental al Derecho procesal con la misma intensidad que lo es la Ley del Tribunal Constitucional, por más

---

constitucional; por lo tanto, no poseen capacidad procesal en el litigio orgánico”. Por supuesto, que son controvertidos los pasajes con respecto al pueblo y a la subestimación de la necesidad de “asociaciones especiales” (p. 82 y ss.).

38. E 2, 143 (164); 4, 144 (148 y s.); 6, 446 (447 y s.); 10, 4 (10 y s.).

39. Hay motivo para críticas aisladas. Se trata de cuestiones constitucionales en los §§ 65, 63 de la Ley del Tribunal Constitucional; al respecto E 1, 14 (30 y s.) 66 (68), 351 (359); 6, 309 (325 y s.). Si bien el Tribunal Constitucional había defendido una interpretación muy generosa, en E 20, 18 (22 y ss.) argumentó con gran estrechez. Por ello, Friesenhahn, JZ (1966), 522 ha exigido con todo derecho, que los partidos representados en el Parlamento de la RFA deberían haber sido admitidos como miembros plenipotenciarios. La referencia del Tribunal Constitucional (E 20, 26) a que se les podría dar derecho a expresarse a terceros, lo cual además ocurrió, no es suficiente. En este caso, se hubiera debido reforzar el efecto del artículo 21 de la Ley Fundamental y del derecho parlamentario (fracciones) en el Derecho procesal constitucional. El problema, además, es un ejemplo de cómo una interpretación a partir de la Ley Fundamental tiene consecuencias para una ampliación y/o fortalecimiento de los autorizados a participar. Normas procesales constitucionales con referencias explícitas al *bienestar común*: §§ 32 párrafo 1, 90 párrafo 2, pp. 2 y 93a párrafo 4 de la Ley del Tribunal Constitucional. Con respecto al interés público como tópico procesal constitucional en manos del Tribunal Constitucional: E 1, 396 (414 y s.): 8, 183 (184); 24, 299 (300); 25, 308 (309). El derecho de los pobres en el proceso de la demanda constitucional [E1, 109 (110 y ss.), 430 (438)] debe ser visto bajo el aspecto de los “derechos fundamentales como bien común” y bajo la perspectiva del principio del Estado Social de Derecho [con respecto a esto, consultar la sentencia del Tribunal Constitucional 9, 124 (131)]. Con respecto a las condiciones estrictas: E 27, 57.

que ésta también esté al servicio de la Ley Fundamental, de la misma manera que el SGG, por ejemplo, está al servicio de los principios del Estado social<sup>40</sup>.

La autonomía del Derecho procesal constitucional (y la interpretación integral relacionada a éste) ha sido practicada por parte del Tribunal Constitucional especialmente en lo que respecta a la interpretación de las normas de inhibición en la primera sentencia Rottmann (E 35, 171). Sin embargo, esta autonomía tiene sus orígenes en una tradición mucho más antigua y variada. Se le reconoce en aquellos sitios donde el Tribunal Constitucional utiliza argumentativamente lo “auténtico” y lo “especial” del procedimiento constitucional y, en tanto que hace esto, lleva a cabo un distanciamiento con respecto a otras normas procesales<sup>41</sup>.

Esta independencia, sin embargo, no es ni un fin en sí mismo, ni es un dogma. El Tribunal Constitucional procede de manera cautelosa, también realiza Derecho comparado en los procesos internos de Alemania y se remite a principios generales del Derecho procesal, etc. Esto responde al carácter fragmentario de las normas procesales; y también cabe saludar el uso del Derecho comparado, si ello aporta a la Ley del Tribunal Constitucional el bagaje de experiencia del llamado “Derecho procesal general”, siempre y cuando se resguarden los fundamentos jurídicos específicos de la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional “a medida” de la Ley Fundamental, y de la teoría constitucional que se puede desprender “a partir de ese derecho”, no excluye “préstamos” cautelosos del resto del Derecho procesal.

---

40. Cfr. E 9, 124 (133 y s., 136).

41. Consultar el principio de medida especial distinto al de otras normas procesales, en E 35, 171 (172 y ss.), en contraste con la opinión opuesta de WAND, ib. pp. 175 y s.; E 33, 247 (261): Si bien la particularidad del procedimiento constitucional descarta asumir disposiciones de otras leyes procesales en general y sin más [cf. E 1, 87 (88 y s.)]; 19, 93 (100); 28, 243 (254); sin embargo, recurre, en algunos casos, a principios constitucionales generales: E 1, 4 (4 f.), 5 (6), 109 (110 y ss.). E 33, 247 (265): Frente a otras normas procesales, “el carácter especial de la demanda constitucional”; E 32, 288 (290 ys.): “la particularidad del procedimiento constitucional”; consultar también E 19, 93 (100). E 24, 236 (243): “La particularidad de la demanda constitucional como un [...] recurso legal [...] excepcional [...] prohíbe también [...] aplicar de manera análoga normas válidas para el proceso civil y otros modos procesales”. E 20: 18 (26): El instituto procesal de citaciones (cf. § 2 § 65 y s. VwGO) le es desconocido al Derecho procesal de la Ley del Tribunal Constitucional.

### 1.3 La interpretación global e integradora de las normas del proceso constitucional

Las carencias judiciales en la configuración del Derecho procesal constitucional, de las cuales el Tribunal Constitucional es consciente<sup>42</sup>, y su correspondencia con el "Derecho procesal constitucional", por más variados que sean sus procedimientos, conducen al Tribunal a una interpretación conjunta de todas las normas procesales constitucionales particulares<sup>43</sup>. Son parte de la práctica que llena los espacios que todavía están "vacíos" o libres en el Derecho procesal. Esta judicatura del Tribunal Constitucional, que interpreta "contextualmente" las normas particulares del Derecho procesal constitucional que se remiten las unas a las otras, es la consecuencia de entender desde el punto de vista específicamente constitucional al Derecho procesal constitucional y a parte de su independencia paulatina frente a otras normas procesales.

El Tribunal se vale del arte del Derecho procesal comparado internacional<sup>44</sup>; este Derecho se revela por el frecuente reclamo explícito de una aplicación que guarde el sentido (correspondiente) (comparar §§ 88, 86,

---

42. *Cfr.* E 2, 79 (84); 33, 247 (261); consultar también E 37, 271 (284 y s.).

43. E 32, 288 (290 y s.) para las causas de exclusión (§ 18 párrafos 2 y 3) y la interpretación del § 19; E 24, 33 (45): Fundamentación del derecho de inclusión de órganos constitucionales a partir de la "relación" del § 94 párrafo 5 con el § 94 párrafo 4; E 23, 288 (316 y s., 318 y s.); 1, 415 (416 y s.) para la interpretación del § 93 párrafos 2 y 1 de la Ley del Tribunal Constitucional.

44. Sustentos: consultar la interpretación en E 31, 38 (93) que logra hacer compaginar a los §§ 94 párrafo 3 y 32 párrafo 3 pp. 1; consultar también E 21, 359 (361) para los §§ 48, 23 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional; consultar el papel del § 94 en el marco del examen de admisión de una demanda constitucional; E 9, 89 (93 y s.). Consultar el "uso del lenguaje" investigado para la Ley del Tribunal Constitucional en E 28, 119 (133) en referencia al concepto *ley* (§§ 78, p 2, 89, 91, pp. 1 y 95 párrafo 3). E 27, 57: Fundamentación a partir de los §§ 34 párrafo 1 y 22 párrafo 1, pp. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, de que el derecho de los pobres sólo se otorga bajo condiciones muy severas en el proceso de demanda constitucional. Además E 4, 144 (147 y s.); 12, 205 (223); §§ 66, 69 como expresión de un "principio general"; E 2, 79 (89): argumentación con el § 16 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional. E 24, 34 (44 y s.): no hay un principio procesal general, en el sentido de que los órganos constitucionales puedan ser incluidos en cualquier proceso ante el Tribunal Constitucional, sino que más bien, hay un recuento de normas de inclusión para los distintos procesos particulares de la Ley del Tribunal Constitucional; E 23, 191 (206 y s.): Invocación al § 31 párrafo 1 para el § 16 párrafo 1; E 20, 56 (88 y s.): Búsqueda infructuosa de un principio procesal legal del Derecho procesal constitucional; además E 20, 18 (23 y s) y la visión integral del § 79 párrafo 2, pp. 1, 2 y 4 en E 20, 230 (236) para la obtención de un "pensamiento jurídico". E 1, 14 (31): "Pensamiento fundamental" del § 63 de la Ley del Tribunal Constitucional.

párrafo 2<sup>45</sup>, 47, 69, 71, párrafo 2, 72 párrafo 2 inciso 2, 73 párrafo 2, 75, 82, 84, 94, 95 párrafo 3 inciso 3 y 96 de la Ley del Tribunal Constitucional). Por ejemplo, deduce los lineamientos básicos de las normas específicas o el “principio general” de un instituto, como por ejemplo, la subsidiariedad de la demanda constitucional<sup>46</sup>. Incluso a veces el Tribunal Constitucional se permite apelar directamente a la “esencia” del litigio constitucional<sup>47</sup>. Lleva a cabo “paralelismos” entre los procesos constitucionales; esto también sirve para el cumplimiento de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional, por más que el Tribunal constantemente vuelva a destacar sus diferencias<sup>48</sup>.

- 
45. Con respecto a esto E 4, 358 (360 y s.): Audiencia de los parlamentos de los Estados federados aun sólo involucrados indirectamente.
  46. Cfr. E 31, 364 (368): “principio básico de la subsidiariedad”, que no sólo se desprende del § 90 párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional, sino que también ha sido remarcado constantemente por parte del Tribunal Constitucional en relación con la impugnación de leyes [E 22, 287 (290); 15, 126 (131)]. Es de resaltar el despliegue del principio de subsidiariedad: E 8, 222 (225 y s.); 14, 260 (263); 22, 287 (290 y s.), 349 (355 y s.); 24, 362 (365); 27, 71 (78), 253 (269), 29, 221 (232), 277 (282), consultar también E 2, 295 (297): Aplicación de acuerdo al § 18, párrafo 2 al § 19 de la Ley del Tribunal Constitucional, *ib.* E 11, 1 (3).
  47. Así en E 1, 208 (229) para las premisas de la legitimación activa. E 1, 184 (195): Significado de todo el control de normas en el marco de la Ley Fundamental y de las tareas asignadas al Tribunal Constitucional.
  48. Considerar abrir la posibilidad de conectar los diferentes procedimientos tras observar todas las normas procesales propias de cada uno: E 12, 205 (222 y s.); E 1, 15 (30) como ejemplo del uso simultáneo y entrecruzado de diferentes normas procesales (artículo 93, párrafo 1 N.º 2 y 3 y/o § 13 N.º 6 y 7 de la Ley del Tribunal Constitucional). Énfasis en las *diferencias* en E 4, 144 (152), autorización de los partidos en el litigio orgánico (“violación de los derechos de status”; E 28, 119 (135 y s.) en relación a las normas de control y a la calificación de normas; E 21, 52 (54) para los autorizados para presentar solicitudes según el artículo 93, párrafo 1 y el control abstracto de normas; 1, 396 (414 y s.) para el proceso del control de normas y el punto de vista exclusivamente del interés público; 2, 213 (217): necesariamente nadie “participa” en el proceso de control de normas, de modo que los únicos participantes pueden ser los órganos constitucionales, que a través del uso del derecho de incorporación que se les ha otorgado en el § 82 párrafo 2, han ganado una posición legal especial en el proceso. Consultar también E 20, 350 (351); 36, 101. El Tribunal se opone a un “paralelismo” demasiado extenso en E 28, 119 (136); 3, 225 (228) para el artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental; 14, 154 y s. para el artículo 41, párrafo 2 de la Ley Fundamental; 15, 25 (30): Proceso según el artículo 100 párrafo 2 de la Ley Fundamental, §§ 83 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional como un proceso “objetivo”. E 35, 12 (13): El facultado a expresar su opinión en el proceso de demanda constitucional, según § 94, párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional, no tiene derecho a oponerse en el proceso sobre una disposición dada; asimismo, E 31, 87 y ss.; 8, 122 (130); 32, 345 (346). E 24, 300 (351): En el litigio orgánico no es posible emitir sentencia sobre la validez de una norma [20, 134 (149); 20, 119 (139); 1, 351 (371)]. Consultar también E 20, 56 (86 y s.): Particularidades del proceso de control de normas.

Si el Tribunal Constitucional recurre a los principios generales del Derecho procesal alemán<sup>49</sup>, esto no se contradice con la interpretación integral exigida, siempre y cuando se protejan las particularidades del Derecho procesal constitucional. Las coincidencias con analogías fundamentadas de otra manera son obvias.

#### 1.4 El Derecho procesal constitucional en el campo de tensión entre el *judicial self-restraint* y el *activism*: división de tareas y poderes

La literatura sobre el problema del *self-restraint* del Tribunal Constitucional es prácticamente incalculable<sup>50</sup>. Lo mismo no se puede afirmar con respecto de los análisis de la jurisprudencia elaborados en este contexto para el Derecho procesal constitucional. Esto sorprende porque en la interpretación y en la práctica de las normas del Derecho procesal, se muestra hasta qué punto el Tribunal hace uso o no del *self-restraint* o del *judicial activism*. No se trata sólo de la conocida pregunta de los límites del control constitucional de las cuestiones de política (externa)<sup>51</sup>. El problema se plantea de manera más general: en diferentes contextos se muestra cómo el

---

49. Ejemplo de *Derecho comparado dentro de Alemania*, con miras a otras reglamentaciones procesales: E 33, 247 (261 y ss., 264) consultar también E 32, 305 (308 y s.) en relación con 4, 31 (37 y s.); E 8, 222 (224 y s.) para el concepto de "queja"; 20, 98 (14) para el § 19 de la Ley del Tribunal Constitucional; consultar también 20, 26 (29 y s.), 336 (343); 9, 89 (97 y s.); 8, 92 (94). E 1, 109 (111): "Analogía con el resto del Derecho procesal alemán". E 32, 345 (346) vincula la interpretación según el sentido y el contexto con la referencia a un principio general del derecho procesal, que puede ser decidido sin un proceso oral a través de un recurso legal inadmisibles (con referencia al ZPO, VwGO, FGG, SGG). E 2, 300 (305): "Principios procesales alemanes": consultar también el raro caso, de que una norma especial del Derecho procesal constitucional (aquí § 79 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional) sea utilizada para otro proceso como "pensamiento legal": E 12, 338 (340 y s.). Además E 6, 389 (442 y s.). Con respecto a la correspondencia entre § 79 párrafo 2 pp. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional y del posterior § 26 párrafo 5 ESTG (1957): E 7, 194 (195 y s.). Derecho comparado interno alemán en relación a la legislabilidad constitucional en la Federación y en los estados federados: E 2, 143 (152, 156 y s., 158, 175, 177). E 24, 289 (297): Comparación entre Hess StGHG y la Ley del Tribunal Constitucional (§ 31, párrafo 2) cfr. § 1 GeschO Hamburg VerfGH: reglas generales del derecho procesal alemán como addenda; análogamente § 1 párrafo 2 NWGeschO VerfGH. § 6 párrafo 1 BremStGHG: [...] apoyándose a los reglamentos procesales alemanes. § 14 párrafo 1, pp. 1 HessStGHG: Referencia al GVG, StPO. §16 Ns StGHG: Referencia a las normas procesales de la Ley del Tribunal Constitucional.

50. Finalmente tal vez SCHUPPERT, *Op. cit.*, pp. 159 y ss.; ZEITLER, *Op. cit.*, pp. 176 y ss.; DELBRÜCK en: *FS für Menzel*, (1975), pp. 83 y ss.; KRIELE, *NJW* (1976), 777 y ss.

51. Finalmente en: E 40, 141 (178 y s.).

Tribunal Constitucional se “abre paso” a través de las normas particulares del Derecho procesal, disciplinándose en la abstención.

Para ello se encuentran ejemplos en la jurisprudencia, según los cuales el Tribunal Constitucional sólo tiene que censurar la violación de un “derecho constitucional específico”<sup>52</sup> y según los cuales no es un “Tribunal de superrevisión”<sup>53</sup> en la práctica del *self-restraint* con respecto a otras funciones del Estado, especialmente los Tribunales<sup>54</sup> y en la doctrina según la cual la concepción de Derecho del Tribunal en cuestión sólo es evaluada<sup>55</sup> por el Tribunal Constitucional, con respecto a si se da una “inconsistencia evidente” y en el caso de la determinación de los límites trazados por el Tribunal Constitucional en su Ley en el § 32<sup>56</sup>. La subsidiariedad de la demanda constitucional y la determinación del círculo de los facultados para interponer una petición según el artículo 93, párrafo 1, N.º 2 de la Ley Fundamental, aportan más evidencias del *restraint* practicado dentro de la concepción del Derecho procesal constitucional, ya sea con respecto a otros “órganos constitucionales”, especialmente con respecto al legislador, o con respecto a otros Tribunales<sup>57</sup>. Por supuesto que también se dan esfuerzos

52. E. 18, 85 (92 y s.); 1, 418 (420).

53. E. 35, 311 (316), la abstención se encuentra tras la jurisprudencia, según lo cual el § 90, párrafo 2, pp. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional, no es aplicable, cuando la demanda constitucional no está dirigida directamente contra una ley o una norma legal; E 2, 292 (295).

54. E 19, 345 (347); 28, 151 (160), con referencia a las “funciones especiales” del Tribunal Constitucional; consultar también E 22, 93 (97 y s.); 24, 367 (424); 23, 321 (324), 85 (92); 21, 209 (216); “división de trabajo según la Constitución”; 1, 97 (100 y s.: “Traslado de las competencias del Estado”). E 4, 190 (198); “la verdadera tarea de la defensa constitucional”.

55. E 32, 333 (336 y s.); 29, 11 (15); 23, 146 (149); 276 (284 y s.); 22, 134 (147); 10, 1 (3); 7, 171 (175).

56. E 23, 33 (40 y s.), 42 (49); 3, 53 (55, 57); 1, 281 (282); pero consultar también E 12, 36 (49 y ss.).

57. Consultar la referencia a la “división del trabajo según la Constitución” en: E 21, 209 (216); pero consultar también la extensa interpretación del § 31, párrafo 1: E 19, 377 (391 y s.), E 2, 143 (178); no hay un control anticipado de las normas. El *self-restraint* se manifiesta cuando se rehúsa a sentenciar “anticipadamente” [E 8, 222 (226 y s.)]; 14, 192 (194), en el caso de la imposibilidad de anulación según el § 95, párrafo 3, pp. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional [E 35, 79 (148)], en el principio de la subsidiariedad de la demanda constitucional [§ 90, párrafo 2, pp. 1: E 33, 192 (194), 247 (258); consultar también E 31, 364 (368)], en el caso de la determinación del círculo de los autorizados para presentar solicitud (artículo 93, párrafo 1, N.º 2 de la Ley Fundamental): E 21, 52, (53 y s.). Pero es correcto insistir en la “responsabilidad” del Tribunal Constitucional en el marco del artículo 100 de la Ley Fundamental: E 34, 320 (323). Consultar también 4, 193 (198): “la verdadera tarea de la defensa constitucional”. En caso de suspensión, según artículo 100: E 18, 186 (192); 17, 135 (138 y s.): obligación de ilustración de los hechos ante el Tribunal presente, aclaración de las cuestiones constitucionales como obligación del Tribunal Constitucional.

opuestos, como por ejemplo, las técnicas de objetivación y las tendencias *certiorari*.

La relación interna para la ampliación y el perfeccionamiento de los instrumentos de información y participación, consisten en que el Tribunal logra abstenerse o activarse con su ayuda. Así como el Tribunal Constitucional se ha mostrado variable en los últimos tiempos con respecto al *restraint* en asuntos de política exterior, así también es consecuente cuando sigue su línea en asuntos políticamente menos controvertidos. El *restraint* y el *activism* no deben ser dogmas. El Tribunal Constitucional puede asumir una actitud flexible durante el proceso de desarrollo de la Ley Fundamental y de su Derecho procesal constitucional. Su jurisprudencia referida a casos particulares le abre múltiples posibilidades.

El *judicial self-restraint* o *activism* es un asunto de división de tareas o poderes entre el Tribunal Constitucional y los demás Tribunales, así como los órganos constitucionales. Y aparte de eso, también entre las fuerzas plurales, los grupos de la sociedad civil y los ciudadanos del Estado en su conjunto. Se ha discutido mucho sobre la clasificación del Tribunal Constitucional en el sistema de la división de poderes del Estado; lo que ahora interesa es el hecho de que esta clasificación se lleve a cabo a través del "medio" del Derecho procesal constitucional; además, en el caso del *self-restraint* se muestra al igual que en el caso de la concepción de la práctica de las normas participativas, cómo la división de poderes, en un sentido amplio, no estatal, y plural<sup>58</sup>, se hace y puede hacerse efectiva, en forma de Derecho procesal constitucional. La Ley del Tribunal Constitucional constituye un derecho que divide los poderes. Como el Derecho procesal constitucional es el Derecho para el trabajo en el Tribunal Constitucional<sup>59</sup>, es evidente hasta qué punto se trata de asuntos de división de tareas entre el Tribunal Constitucional, las demás funciones del Estado, los ciudadanos y los grupos de la sociedad civil, la ciencia y la opinión pública.

---

58. Con respecto a esto, P. HÄBERLE, *AöR* 100 (1975), 645 (647 y s.).

59. Consultar todavía E 6, 257 (266): "en el proceso constitucional, que a causa de las posibilidades limitadas de su realización, presupone, sin más, la cooperación leal de los diferentes poderes del Estado, [...]"; consultar también el principio fundamental [E 12, 36 (40)], en el caso de diferencias de opinión entre los Estados federados y la Federación, que conduzcan a un litigio constitucional, hay que partir de que no se puede considerar insostenible ninguna de las dos interpretaciones de las partes [E 8, 42 (44)]. Lo mismo valdría para un proceso de control de normas presentado a solicitud de un gobierno de un Estado Federado.

## 1.5 Métodos de interpretación y tópicos en el Derecho procesal constitucional

Hasta ahora hemos visto una muestra de los métodos practicados por el Tribunal Constitucional. A continuación, los sistematizaremos con más precisión. Frente al carácter fragmentario de las normas del Derecho procesal y de la dinámica del asunto de la jurisdicción constitucional, los métodos de interpretación cobran una importancia especial. El Tribunal Constitucional suele fomentar una interpretación teleológica<sup>60</sup>, según corresponda al asunto, y esto en el caso de las normas más diversas; el Tribunal argumenta “siguiendo el sentido del asunto”<sup>61</sup>; una continuación de esta línea sería mostrar como contraejemplos<sup>62</sup> una serie de analogías<sup>63</sup> bien meditadas. El Tribunal Constitucional hace que los procedimientos particulares se acerquen los unos a los otros a través de la técnica de analogías. Busca las ideas fundamentales de una norma de Derecho procesal, los principios fundamentales generales del Derecho procesal constitucional e incluso llega a buscar las del Derecho procesal en su totalidad<sup>64</sup>.

Es ejemplar la orientación hacia los casos particulares, que le otorga elasticidad<sup>65</sup> y apertura a la práctica, y que hace posible acercarse al asunto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de ninguna manera argumenta sin principios. Cabe destacar (y son defendibles a partir de la Ley Fundamen-

- 
60. E1, 69 (70), 97 (103), 415 (416); 3, 261 (265); 4, 193 (198), 250 (267), 309 (311), 358 (364); 6, 104 (110), 257 (264), 386 (389); 9, 120 (121), 334 (336); 10, 302 (309); 11, 244 y s.; 263 (265); 12, 308 (310); 13, 284 (287); 15, 288 (292), 309 (311); 18, 192 (194), 440 (441); 21, 132 (136), 359 (361); 23, 153 (164); 24, 33 (45); 25, 30 (33); 29, 33 (94); 30, 112 (126); 35, 12 (14).
61. E 17, 135 (138): manejo económico y con sentido del § 26, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional en procesos según el artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental; “de acuerdo al sentido”: E 4, 144 (147 y s.); 2, 79 (90), 213 (218); 27, 44 (51); 8, 186(191). *ErstRechtSchlu*<sup>2</sup> en E 1, 66 (67).
62. E 21, 52 (53 y s.); 2, 341 (346).
63. E 10, 302 (330); 28, 324 (363); 37, 217 (262 y s.).
64. E 33, 199 (204): Obtención de un “principio general del Derecho procesal” a partir de diferentes prescripciones de la Ley del Tribunal Constitucional (aquí §§ 41, 47 y 96) y del Derecho procesal administrativo y civil; ver también E 32, 345 (346). E 10, 302 (306): Apelación a un “principio general” (para la habilitación procesal de un demandante inhabilitado). E 38, 175 (184): el § 79 párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional tiene que resolver un problema, que se basa en la configuración especial del examen de normas constitucionales y de su aplicación. E 32, 387 (389): “principio legal general” (del §79 de la Ley del Tribunal Constitucional): parecido al caso E 37, 217 (263).
65. Esto se muestra en diferentes relaciones: E 24, 119 (133 y s.); 24, 75 (88 y s.); 22, 349 (355, 361); 8, 38 (40), 222 (224 y ss.); 14, 192 (194); 12, 319 (321) sub B, 2 párrafo: *Ausnahmevorbehalt*; 6, 389 (442).

tal) los tópicos siempre recurrentes como la “tarea” y la “autoridad” del Tribunal Constitucional, su prestigio, su deseo de descongestión, economía de tareas y de procesos y asuntos similares<sup>66</sup>.

Estos tópicos y métodos de interpretación redondean el cuadro: el Tribunal Constitucional desarrolla el Derecho procesal constitucional a partir de la Ley Fundamental y de la Ley del Tribunal Constitucional. Continúa desarrollándose, rellena los “vacíos”<sup>67</sup> y se mueve en el fructífero campo de tensiones entre “el principio y la norma”. Los pasos a una interpretación integral<sup>68</sup> son obvios.

En los tópicos en los que se remite a sí mismo, en tanto que quiere asegurar su capacidad funcional, no sólo se abre paso la evidencia legítima. También puede remitirse a la Ley Fundamental y a la institucionalización, sin precedentes, de la jurisdicción constitucional, y vuelve a realizar un poco de concretización de la Constitución “dentro” del Derecho procesal constitucional. Cabe destacar especialmente que actúa con mucha cautela, sin dejar de prestar atención a la división de poderes y de tareas.

## 1.6 Presentación de las técnicas de objetivación

Existen gran número y múltiples formas de técnicas de objetivación, que si bien en el respectivo proceso constitucional no se desprenden de-

---

66. Siempre vuelve a remarcarlo: la “habilitación de funciones” en E 33, 247 (258); consultar también E 22, 287 (219 y s.) en el caso de la fundamentación de la subsidiariedad de la demanda constitucional: al Tribunal Constitucional no se le deberían “revocar las demás tareas”. Consultar también la jurisprudencia con respecto al § 93 a (“descargo”): 18, 440 (440 y s.); 19, 88 (91 y s.), pero consultar también la refutación del argumento de congestiónamiento en: E 24, 119 (134). E 26, 172 (180): “Estructura total de la legislabilidad constitucional federal”, especialmente en E 1, 167 (173). Destaca su tarea de “aclarar dudas constitucionales con efecto vinculante *inter omnes*” [E 33, 247 (265)] y saca conclusiones concretas de este argumento para el Derecho procesal constitucional. Consultar también E 4, 193 (198): la “verdadera tarea de la defensa constitucional”. O argumenta con la “función de la defensa constitucional” en normas procesales constitucionales, de modo que para el 91: E 26, 228 (236); para el § 90 párrafo 2, pp. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional como cláusula de exigibilidad: E 18, 1 (16); 9, 3 (7 y s.); 16, 1 (2); 22, 349 (355).

67. La idea de la “defensa legal sin vacíos” se nos hace familiar, por ejemplo, en el caso de la determinación de la autorización de una demanda para un país desaparecido en E 22, 221 (231) artículo 93, párrafo 1, N.º 4; frente al artículo 93, párrafo 1 N.º 3 y 4 de la Ley Fundamental: E 11, 6 (13 y s.).

68. Por ejemplo E 33, 247 (259) como una interpretación *integrante* de todas las normas de los §§ 31 párrafo 1, 2 y 90 párrafo 2 pp. 2, 93 a párrafo 4, 95 párrafo 3, con respecto a la justificación de la función de la demanda constitucional, “de garantizar el Derecho constitucional objetivo y de servir a su interpretación y a su desarrollo”.

mandas concretas, de sus solicitudes y del interés de la defensa legal en cada proceso constitucional particular, logran independizarse un poco en el interés de la tarea “objetiva” de la interpretación constitucional que realiza el Tribunal Constitucional<sup>69</sup>. Por ejemplo, en la interpretación<sup>70</sup> y la tergiversación de solicitudes<sup>71</sup>, en la interpretación favorable a la solicitud<sup>72</sup>, a través de la aceptación positiva de los llamados “incentivos” para evaluar la constitucionalidad en su totalidad.<sup>73</sup> Estas técnicas se muestran sobre todo en el procedimiento de la demanda constitucional, por ejemplo, cuando se destaca, en general, la función de defensa legal<sup>74</sup>; pero también en los casos de la jurisprudencia con respecto al artículo 2 párrafo 1 de la Ley Fundamental<sup>75</sup>. Las tendencias de la objetivación se pueden reconocer en otros ámbitos de problemas<sup>76</sup>. Remitimos a otros círculos de problemas que puedan ser hallados, como por ejemplo, al establecimiento (a veces demasiado generoso) del objeto procesal (sentencia de la dieta parlamentaria: sentencia del Tribunal Constitucional 40, 296 (309 y s.)<sup>77</sup>, al que le otorga un gran alcance, y a la utilización del § 78 p. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional<sup>78</sup>.

Con estos antecedentes, el Tribunal Constitucional se mantiene firme con respecto al principio de que no existe una cláusula general constitucio-

---

69. Cfr. E 33, 247 (257) para la demanda constitucional; 2, 79 (86): garantía objetiva del Derecho constitucional: E 1, 372 (379, 414) y 24 299 (300), para el litigio orgánico; pero consultar también E 13, 54 (96). Con respecto a los procesos de objetivación (de los intereses de defensa legal) todavía LIPPHARDT, *Op. cit.*, pp. 474 y ss., especialmente nota 92.

70. E 1, 14 (39).

71. Ejemplos en LIPPHARDT, *Op. cit.*, pp. 394, nota 131.

72. Cfr. E 32, 157 (163); 22, 349 (360 y s.); 24, 68 (73); 23, 265 (269); 21, 191 (194); 16, 236 (237 y s.); 4, 115 (123). Se evaluó el cambio de interpretación: en E 34, 325 (331) para el §32 de la Ley del Tribunal Constitucional; consultar también E 27, 44 (52); sopesado en E 13, 1 (10), rechazado en E 23, 146 (150 y s.); 8, 28 (35) para una cuestión de proyecto de ley

73. Cfr. E 3, 383 (391); 3, 58 (74); 1, 264 (272); 1, 372 (380); 7, 305 (311); 19, 354 (361). Un contraejemplo: E 23, 242 (251).

74. Cfr. E 33 (257, 259 y s.). E 26, 79 (91): control desde “todo punto de vista constitucional”; consultar también 14, 121 (131); 1, 14 (41), para el proceso según § 13 N.º 6 y 7 de la Ley del Tribunal Constitucional.

75. Desde E 6, 32 (41); 7, 111 (119); 9, 3 (11), cfr. E 23, 288 (300).

76. Consultar para la demanda constitucional municipal (§ 91 de la Ley del Tribunal Constitucional): prohibición de arbitrariedad como principio de justicia objetivo, E 26, 228 (244); en la evaluación de intereses según § 32 párrafo 1; E 12, 276 (280).

77. Con respecto a esto HÄBERLE, P., *NJW* (1976), 537 (543 nota 90).

78. E 10, 118 (124); 20, 379 (382); 8, 186 (195); 18, 288 (300); 29, 1 (10 y s.), 283 (303 y s.); 26, 281 (301); 24, 75 (103). Con respecto a este problema también HIRSCH, E 37, 186 (190) opinión contraria.

nal<sup>79</sup>, y de que no se puede permitir una ampliación de sus competencias, haciendo un uso analógico de las normas de competencia<sup>80</sup>. El Tribunal Constitucional se toma en serio el principio de enumeración<sup>81</sup>: evita, con toda razón, que a través de la figura de una fundamentación, retrasada, de una demanda constitucional, se le pueda introducir un “cambio de circunstancias” (E 34, 382 (394 y s.); 18, 85 (89); 27, 71 (77); 27, 104 (108)).

El amplio campo de las aproximaciones diferenciadas de los distintos procedimientos constitucionales<sup>82</sup> (también) entra a tallar en este contexto, no sólo en el de los métodos de interpretación. Por más que el Tribunal Constitucional se cuida de superar las diferencias entre los diferentes modos de proceder y que eventualmente utilice paralelismos: también hace resaltar las diferencias entre distintos modos de procedimientos.

El Tribunal Constitucional es generoso en la afirmación del interés de la defensa legal, una forma oculta de objetivación y un paso en dirección al método *certiorari*<sup>83</sup> conocido debido a la Corte Suprema de los EE.UU. en cuyo caso la capacidad de decisión del Tribunal, de aceptar un caso que sirva para aclarar un asunto de carácter constitucional fundamental, varía. Esta idea parece estar representada en los §§ 33 párrafo 4<sup>84</sup>, 90 párrafo 2 inciso 2<sup>85</sup> y 24 inciso 1 de la Ley del Tribunal Constitucional.

79. E 1, 396 (408); 13, 174 (176 y s.). E 13, 54 (96): si bien la Ley Fundamental ha expandido fuertemente la legislabilidad constitucional, no se puede deducir a partir de ello que toda cuestión de litigio constitucional puede serle formulada al Tribunal Constitucional por una de las partes interesadas en la sentencia.

80. E 2, 341 (346); *cfr.* también la opinión contraria de Dr. RUPP/HIRSCH/WAND, E 37, 291 (305).

81. *Cfr.* E 38, 121 (127): “una mera necesidad política legal, no puede justificar una competencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 22, 293 (298))”; consultar también E 13, 54 (96) y la opinión contraria de Dr. RUPP/HIRSCH/WAND, E 37, 291 (303).

82. E 24, 251 (258): § 23 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional vale como una prescripción procesal general para todos los procesos ante el Tribunal Constitucional, también para los procesos de litigio orgánico: Acercamiento para los derechos de incorporación: 24, 33 (45); aplicación correspondiente de los §§ 78, pp. 2 y 82 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional al proceso de la demanda constitucional: E 18, 288 (300); consultar todavía E 12, 36 (40); 20, 18 (23 y s.) para los litigios orgánicos y los litigios entre Federación y Estados federados. Para el acercamiento de los diferentes tipos de procesos, abriendo la posibilidad de vincular los diferentes procesos observando las normas procesales particulares de cada uno: E 12, 205 (222 y s.). La elección entre diferentes procesos se transfiere al demandante: E 7, 305 (310 y ss.).

83. Con respecto a este concepto HALLER, *Op. cit.*, pp. 106 y ss., 186 y s.

84. Con respeto a esto, por ejemplo E 38, 206 y ss.; 37, 305 (309 y ss.); 36, 89 (91); 34, 138 (138 y s.). Ejemplo para la no aceptación, a causa de que ya quedó aclarado el caso debido a una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional: E 20, 276 (279); 19, 148 (149).

85. Con respecto al “objetivo” del § 90 párrafo 2, pp. 1 (descongestionamiento del Tribunal Constitucional, para “liberarlo para que pueda cumplir con la verdadera tarea de la defensa

Los paralelismos del tipo *certiorari* se encuentran en la afirmación del interés de defensa legal referida a casos particulares, pero también allí donde el Tribunal Constitucional interpreta el Derecho procesal constitucional de tal manera, que trata de llegar, en lo posible, a una interpretación objetiva, esto es, que “aclare” los asuntos (de principio) y que no se detenga en la pregunta sobre la admisibilidad<sup>86</sup>. Por ello, por más paradójico que suene, en la fundamentación de la “evidente falta de fundamento” desarrolla cuestiones objetivas de gran importancia, como por ejemplo, cuestiones referidas a la Ley Fundamental y a la defensa legal de la Constitución<sup>87</sup>; el imperativo de la fundamentación debe ser tomado en serio, sobre todo en este punto. Habrá de remitirse a otras sentencias<sup>88</sup>.

### 1.7 Fortalecimiento y perfeccionamiento de los instrumentos de participación e información

La experiencia de 25 años de práctica de interpretación del Tribunal Constitucional con respecto a las normas y/o instrumentos de información y de participación del Derecho procesal constitucional, han sido especialmente fructíferos. La Ley del Tribunal Constitucional pone a disposición un sistema escalonado de normas de participación, en parte modificadas (cf. § 24, inciso 2, párrafo 2 inciso 1, párrafo 82 inciso 4), también en el sentido de la institución americana del *amicus curiae briefs*<sup>89</sup>. Esto tuvo acogida en la *GeschO-*

---

constitucional”): E 4, 193 (198); consultar también E 9, 1 (2), 120 (121) para el § 91 a. Una técnica *certiorari* es, cuando según E 9, 120 “también se pueden desechar demandas obviamente justificadas según el artículo § 91a de la Ley del Tribunal Constitucional”.

86. Así, la jurisprudencia con respecto al § 24 de la Ley del Tribunal Constitucional: E 40, 52 (55); 6, 7 (11 y s.); 36, 66 (69 y s.); 39, 238 (241); 35, 185 (188); 30, 103 (105); 27, 231 (235); con un argumento funcional: E 6, 7 (11): “amplio ámbito de tareas” del Tribunal Constitucional.

87. Por ejemplo: E 39, 238 (241) en relación con 242 y ss.; 6, 7 (11 y s.); 37, 84 (89 y ss.), 150 (151 y ss.); 36, 41 (45 y s.), 139 (141 y ss.); 35, 179 (182 y ss.), 300 (301 y s.); 31, 137 (139 y ss.); 32, 305 (308 y ss.); 19, 64 (68 y ss.), 93 (95 y ss.), 323 (326 y ss.). Para el § 91a párrafo 2: E 13, 127 (128 y s.); 7, 327 (328 y ss.).

88. Consultar para el derecho a la demanda, que no ha sido presentada por alguien autorizado para presentar demandas, de modo que el “proceso se anularía por esta cuestión procesal”: E 34, 216 (227); 22, 221 (233), o la jurisprudencia según la cual el Tribunal Constitucional no se deja quitar la “aclaración de una cuestión constitucional de importancia fundamental”, ni siquiera por la resolución de una demanda constitucional: E 33, 247 (257), pero consultar también el rechazo de la demanda constitucional por “motivo de procedimiento legal” en E 28m 1 (9); además E 11, 336 (338 y ss.).

89. Con respecto a esto HALLER, *Op. cit.*; pp. 108 y s., 342 y s.; HÄBERLE, P., *JZ* (1975), 297 (299, 305), *DÖV* (1976), 73 (78 nota 64), *NJW* 1976, 537 (nota 3).

*BVerfG* del 13.07.1975 (*BGBLI*, p. 2515) (por ejemplo § 22, párrafo 2 inciso 2, párrafo 4, 40 inciso 1). Una visión global sobre los 40 tomos, muestra que el Tribunal Constitucional sabe hacer uso de estos instrumentos<sup>90</sup>.

Muchas veces el Tribunal Constitucional expone estas normas explícitamente (es decir, que no las aplica simplemente sin fundamentarlas), por ejemplo, al hacerlas “de conocimiento” de determinados órganos, al dar oportunidad de tomar posición, al llevar a cabo audiencias y encuestas, al nombrar a “terceros” como facultados para hacer declaraciones, o como peritos participantes. Hace una clara delimitación entre los participantes del proceso y los que tienen voz<sup>91</sup>. Es ejemplar la práctica, según la cual incluso a los participantes del proceso inicial (§ 2 párrafo 4 *WahlprüfungsG*) en tanto tales, se les otorga la oportunidad de emitir su opinión<sup>92</sup>: una ampliación ejemplar de los instrumentos de participación, que también sería importante para el Derecho parlamentario, evidenciada por el § 82, párrafo 3, 94 párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional es consciente de sus limitaciones pretorianas<sup>93</sup>.

90. Ejemplos de la práctica: E 21, 160 (167): “Encuesta” en las asociaciones, 166; voz expresada de las asociaciones. Con respecto al concepto de participantes según § 25 párrafo 1: E 2, 213 (217); según E 1, 66 (68) sólo los incorporados, y no los que sólo están autorizados para emitir su opinión, pueden interponer una solicitud según el § 19 de la Ley del Tribunal Constitucional. En E 22, 387 (407) el Tribunal Constitucional no quiere ver disminuida la posición procesal de las partes del proceso a causa de una conexión de procedimientos. Ejemplos de la *praxis* con respecto al § 27: E 11, 105 (110). Con respecto al § 65 párrafo 2: E 24, 260 (263), también para los gobiernos de los estados federados y los partidos que participaron en las elecciones al Parlamento alemán (de 1965). Con respecto a los §§ 69, 65 párrafo 1: E 12, 308 (309 y s.). Con respecto al § 77: E 2, 307 (310); 4, 358 (361): Audiencia de los parlamentos implicados indirectamente; en general por las “consecuencias”: E 38, 326 (336). Con respecto a los §§ 77, 94 párrafo 4; E 35, 79 (93 y ss.); 34, 81 (90 y ss.). Con respecto al § 80 párrafo 4: E 10, 59 (65), 372 (375). Con respecto a los §§ 82 párrafo 1 y 3, y 77: E 7, 89 (91). Con respecto al § 82 párrafo 3: E 11, 339 (342); 12, 67 (70); 16, 254 (262), 306 (313); 17, 155 (161 y s.). Con respecto a los § 82, 77: E 29, 51 (54 y s.); 16, 306 (313); 11, 23 (26), 139 (142). Con respecto al § 82 párrafo 4: E 36, 281 (289); 34, 71 (76); 32, 279 (283); 22, 311 (315 y s.); 16, 305 (306). Ejemplos para una unión de los §§ 82 párrafo 1, 77, 82 párrafo 3 y 80 párrafo 4; E 8, 274 (287); 7, 292 (287). Con respecto al § 83 párrafo 2, E 23, 288 (318 y s.) con efecto retroactivo sobre la interpretación del artículo 100 párrafo 2 de la Ley Fundamental y una inclusión también de los tribunales y de los autores reconocidos de la doctrina del Derecho internacional (*LS 2b*, pp. 319 y ss.). Con respecto al § 94 párrafo 2: E 7, 99 (106). Con respecto al § 94 párrafo 3: E 15, 126 (130); 28, 1 (6).

91. *Cfr.* E 31, 87 (90 y ss.). Con respecto a la delimitación de los participantes en el proceso en el caso de los “peritos participantes”: E 8, 42 (46), 122 (129 y s.); 23, 33 (40 y s.), 42 (49).

92. E 21, 200 (203), se encuentra ya en E 4, 370 (372): Oportunidad de expresarse dada al parlamentario Gienke.

93. Consultar por ejemplo E 20, 350 (351) para el § 82 párrafo 3. E 35, 12 (13); 32, 345 (346): Una incorporación para ellos (los participantes en el proceso previo) no está prevista [Sentencia

Sería consecuente si también de acuerdo al § 25, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, los juicios orales se practicaran como “regla”<sup>94</sup> y que sólo se hiciera un uso restrictivo<sup>95</sup> de la posibilidad indicada en el § 94, párrafo 5 inciso 2, porque los juicios orales pueden traer consigo una serie de retos al proceso, aún insospechados, incluso para el propio Tribunal Constitucional.

En general, en el interés de una ampliación de la información, las personas competentes deberían hacer pleno uso de sus derechos escalonados de participación.

El manejo más ejemplar<sup>96</sup> de los instrumentos de información y participación, sirven para el establecimiento de la verdad en el sentido de los §§ 26<sup>97</sup>, 30 párrafo 1 inciso 1 de la Ley del Tribunal Constitucional. Esta determinación es una actividad autoinformante del Tribunal Constitucional –información por participación–. Este modo de ver la información también se encuentra allí, donde no se le está buscando en realidad, como por ejemplo en el caso de la subsidiariedad de la demanda constitucional<sup>98</sup> y en el caso de las exigencias del Tribunal Constitucional al tribunal en cuestión en cada caso<sup>99</sup>. Este material de la jurisprudencia está a la espera de una

del Tribunal Constitucional 2, 213 (217)]. E 31, 87 (90 y ss.): “El facultado a expresar su opinión en el proceso de la demanda constitucional, según § 94, párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional, no tiene derecho a oponerse en el proceso sobre una disposición dada”. Igualmente E 35, 12 (13): 32, 345 (346). Consultar también la referencia, de que la formulación del artículo 93, párrafo 1 N.º 1 de la Ley Fundamental, deje entrever, que el círculo de participantes en el Derecho procesal constitucional debiera ser limitado lo más posible: E 13, 54 (95); 27 (240, 246); E 36, 101: “Los participantes, con autorización para emitir opinión, en el proceso previo según el § 82 párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional, no son participantes del proceso concreto de control de normas [E 2, 213 (217); 20, 350 (351)]”.

94. E 35, 34 (35): Con respecto al carácter oral del juicio como regla, por ejemplo, en el § 82 párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional. Consultar, sin embargo, la *praxis*: por ejemplo E 23, 353 (364).

95. Pero de la *praxis* tenemos, por ejemplo, E 34, 81 (92): 18, 166 (171).

96. Por supuesto que también se dan casos que motivan la crítica: ver arriba en la nota 38, por ejemplo E 20, 18 (22 y ss.).

97. Con respecto al § 26 de la Ley del Tribunal Constitucional: E 7, 188 (213).

98. Según E 9, 3 (7) se le debe dar oportunidad al Tribunal Constitucional antes de que dicte sentencia, de “conocer la perspectiva del caso y la concepción legal de los Tribunales, especialmente de las respectivas Cortes Supremas Federales” [cf. 8, 222 (225, 227)]. E 8, 222 (227): Con el principio de la subsidiariedad de la demanda constitucional, también se tuvo como propósito proporcionar al Tribunal Constitucional, antes de que dicte sentencia, un material de los hechos probados normalmente por varias instancias previas, y darle la oportunidad de conocer los puntos de vista de los tribunales de las otras instancias.

99. *Cfr.* E 25, 213 (214); 22, 175 (177).

clasificación teórico constitucional: el hecho de que a través de las normas de participación del Derecho procesal constitucional se les dé “voz” a los partidos políticos, grupos de la sociedad civil y ciudadanos, es una expresión objetiva de la estructura plural y liberal-democrática de los intereses públicos políticos de la Ley Fundamental: son incluidos en el proceso interpretativo de la Constitución como intérpretes en sentido amplio y en sentido estricto<sup>100</sup>. El Derecho procesal constitucional recoge un poco de la opinión pública plural. La jurisprudencia constitucional, que en gran medida es judicatura del bien común<sup>101</sup>, no debe ignorar este tipo de intereses que se articulan. La diversidad plural de los intereses públicos liberales puede hacer escuchar su voz a través de estos instrumentos de participación, y de este modo también un poco la opinión pública: aquella opinión pública, que el Tribunal Constitucional desgraciadamente subestima tanto en su interpretación como en la práctica de los §§ 25, párrafo 1 y 94 párrafo 5 de la Ley del Tribunal Constitucional, a pesar de que ante un Tribunal tan alto, no es ni formal, ni se mantendría meramente pasiva en sus asuntos.

En tanto se les dé (o en tanto puedan acceder a) la palabra a los demás órganos, como los parlamentos del Gobierno federal y de los Estados federados, el Gobierno Federal o el de las federaciones —esto es, los llamados “órganos constitucionales” pero también los tribunales existentes y las Cortes Supremas Federales— se ha cumplido con el proceso público de la interpretación constitucional. Se amplía el horizonte de información y de argumentación del Tribunal Constitucional. También se refleja algo del espíritu de compañerismo y una cooperación mutua en la división del trabajo, división de poderes a través de las normas de participación<sup>102</sup>.

Desde esta perspectiva, es consecuente que el Tribunal Constitucional diga explícitamente en sus sentencias, a quiénes concretamente se le ha dado la oportunidad de expresar su opinión, etc., y quién (no)<sup>103</sup> ha hecho uso de ella en determinado proceso. Sobre todo hay que fomentar que los facultados, especialmente los órganos constitucionales, hagan realmente uso de las posibilidades que se les brinda para participar en el proceso constitu-

100. Con respecto a esto HÄBERLE, P., *JZ* (1975), 297 y ss.

101. *Cfr.* mi escrito en: *AöR* 95 (1970), 86 y ss., 260 y ss., *AöR* 99 (1974), 437 (444 nota 38); finalmente *E* 40, 196 (218, 222, 227 y s.); 37, 1 (18 y s., 22), 132 (140), 217 (247).

102. También la audiencia legal (artículo 103 párrafo 1 de la Ley Fundamental), de la que sólo se puede partir excepcionalmente (cf. § 32 párrafo 2, pp. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional), es desde un punto de vista procesal constitucional un instrumento de participación.

103. *Cfr.* por ejemplo *E* 4, 370 (372); 7, 89 (91 y s.); 8, 104 (110); 10, 177 (181); 40, 11 (28 y s.), 42 (43), 182 (184).

cional. Una mirada general sobre los 40 tomos del Tribunal Constitucional muestra como resultado, que no todos los órganos (por ejemplo Estados federados), son igualmente afanosos, o más precisamente: tienen la misma “conciencia constitucional”. La pasividad procesal constitucional no es un aporte a la actualización de la Ley Fundamental; justamente provoca lo contrario.

Con esto se cierra el círculo: los instrumentos de participación plural (información a través de participación) y de información relacionados al instituto americano del *amicus curiae briefs* se remiten en sus fundamentos teóricos a los principios de la Ley Fundamental. Están al servicio de la tarea del Tribunal Constitucional, de concretizar la Ley Fundamental, por ejemplo, a través de una interpretación integral y de división del trabajo de la Ley del Tribunal Constitucional.

Existen posibilidades de una *estrategia* y una *táctica* jurídico-constitucionales en el caso de la división y conexión de procesos<sup>104</sup>, de la sanción de sentencias parciales, así como en la aplicación de los §§ 95, párrafo 1 inciso 2<sup>105</sup> y 78 inciso 2 de la Ley del Tribunal Constitucional. Las competencias facultativas de carácter procesal constitucional, que hasta ahora han estado normativizadas con diferente peso, deberían ser investigadas con miras a la pregunta de hasta qué punto el Tribunal Constitucional en el caso de su agotamiento y limitación, se atiene a las reglas, que en otros casos exige para la medición<sup>106</sup>. A través de disposiciones facultativas<sup>107</sup> se ha posibilitado al Tribunal Constitucional un manejo más libre del Derecho procesal. Sin embargo, tiene que mantenerse bajo control por medio de una práctica fundamentada.

104. Por ejemplo E 10, 59 (65), 185 (186); 11, 150 (158); 12, 151 (158), 180 (183), 144 (146), 281 (287); 13, 56; 15, 303 (305); 19, 166 (171); 20, 271 (275), 283 (290); 22, 387 (407); 23, 208 (222); 40, 196 (197). La competencia constitucional para la conexión y la división de procesos es, por ejemplo, (como muchas otras cosas) Derecho procesal constitucional alemán general: § 27 *Bad. Württ. StGHG*, § 22 *Saarl. VerfGH*. La elaboración del Derecho procesal constitucional común alemán para las normas procesales generales, por ejemplo en cuestiones de parcialidad (§ d16 *Hess. StGHG*, § 12 *Bad. Württ. StGHG*), pero también para procesos especiales es una de las aspiraciones a lograrse de la investigación.

105. Por ejemplo, E 7, 99 (108 y s.): “por la importancia fundamental del caso” para la aprobación de la solicitud de enmienda: E 13, 54 (94).

106. Finalmente: E 38, 348 (359, 369); 35, 65 (77); 29, 57 (68 y ss.); 27, 297 (306 y ss.).

107. *Cfr.*: §§ 21, 24, pp. 1, 26, párrafo 1, pp. 2, 30 párrafo 1, pp. 4, párrafo 2, pp. 1, 2, 33, párrafo 1, 2, 34, párrafo 3, 5, 38, párrafo 1, 39, 46, párrafo 2, 53, 56, párrafo 2, 66, 69, 72, párrafo 1, 78, pp. 2, 82 párrafo 4, 90, párrafo 2, pp. 2, 93a párrafo 2, 94 párrafo 5, pp. 2, 95 párrafo 1, pp. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional.

Así, pues, el Tribunal Constitucional no ha terminado de agotar hasta ahora sus posibilidades en cuanto a los juicios orales. La práctica de los §§ 25, párrafo 1 y 94 párrafo 5, inciso 2 de la Ley del Tribunal Constitucional, muestra un déficit de apertura difícil de manejar. Los juicios orales ante el Tribunal Constitucional son *per se* "exigencias del proceso", contra lo escrito en el § 94, párrafo 5, inciso 2 de la Ley del Tribunal Constitucional.

Con todo, junto con esta presentación material del Derecho procesal constitucional, también tiene que haber un *self-restraint*<sup>108</sup>. El Derecho procesal constitucional mantiene el buen sentido en formulaciones (aparentemente) "técnicas", como la necesidad de defensa legal, la autorización de los partidos<sup>109</sup>, la competencia para demandar, el objeto procesal, la habilitación de los participantes, etc.: como medio de autodisciplina, que le otorga más espacio para una interpretación constitucional propia, a las demás funciones del Estado, pero también al ciudadano y a la opinión (científica) pública, respectivamente. En otras palabras, se trata del *self-restraint* en el Derecho constitucional y de su interpretación a través del Tribunal Constitucional en relación a otros intérpretes constitucionales<sup>110</sup>.

El *self-restraint*, que se hace valer específicamente por encima y "a través" del Derecho procesal constitucional<sup>111</sup>, tiene su contraparte en su uso "generoso" para llegar a la parte material, a la cosa misma, como en el caso (en este sentido controvertido) de la sentencia de la dieta parlamentaria<sup>112</sup>.

---

108. Esto falta en la sentencia sobre las dietas parlamentarias; al respecto mi escrito en el *NJW* (1976), 537 (543 nota 90).

109. Por ejemplo, E 2, 143 (164) para la habilitación de los partidos del parlamentario con argumentación material desde el artículo 38, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

110. Consultar todavía E 6, 257 (266) con respecto a la "lealtad del trabajo conjunto" de los diferentes poderes del Estado en el proceso constitucional. Después de E 2, 79 (89) "toda legislabilidad constitucional se basa en el supuesto de que se tome en cuenta la sentencia del Tribunal".

111. Por ejemplo, en su relación con otros Tribunales [así E 30, 171 (196 y s.)].

112. E 40, 296 y ss. Pero está bien el que se persista en la "responsabilidad" del Tribunal Constitucional frente al Tribunal presente en el marco del artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental: E 34, 320 (323). En el caso de la aplicación del artículo 100: E 18, 186 (192); 17, 135 (138 y s.): Obligación de ilustración del Tribunal presente, "aclaración de la cuestión constitucional" como deber del Tribunal Constitucional. Esta división del trabajo como división de las obligaciones ejerce efecto sobre el Derecho procesal constitucional.

## II. RECONOCIMIENTO TOTAL, PERSPECTIVAS: TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En general, se obtuvo una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional<sup>113</sup>. Desde la teoría constitucional puede resumirse en la fórmula: “Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado”<sup>114</sup> y cada vez más la Ley del Tribunal Constitucional como “ley de pluralismo y participación”: los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales<sup>115</sup>.

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales, que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional, según la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no sólo debe ser entendido técnicamente<sup>116</sup>. El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de “información a través del pluralismo”. También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al “asunto del Derecho procesal constitucional”, sin que ello vaya en desmedro de los “principios” y los tópicos recurrentes y sin que el costo signifique “tendencias de ablandamiento”<sup>117</sup>. Lo mismo vale para la interpretación integral “procesal interna” de las normas particulares de la Ley del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos

---

113. La disputa por la interpretación del Derecho procesal constitucional va de continuo “desplazándose”. En los tomos antiguos de las sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo, los §§ 32, 80 y 90 de la Ley del Tribunal Constitucional, estaban más en un primer plano.

114. HÄBERLE, P., *AöR* 98 (1973), 119 (128 nota 43).

115. Algunos indicios de que el Tribunal Constitucional toma en serio las posiciones del “órgano supremo constitucional” como una exigencia de la sentencia objetiva, se deducen indirectamente, por ejemplo, de E 10, 262 (263).

116. *Cfr.* por ejemplo E 21, 52 (53), para el círculo de autorizados a presentar peticiones según artículo 93, párrafo 1 N.º 2 de la Ley Fundamental; consultar también E 5, 85 (378).

117. Por ejemplo, se guardan estrictamente las normas sobre plazos: E 4, 31 (37), 309 (310 y ss.); 1, 12 (13); 13, 284 (289); 24, 252 (257); 11, 255 (260). Las normas formales no tienen un fin en sí mismas, sino que deben determinarse por la función procesal específica que cumplen de la legislabilidad constitucional; también éstas están al servicio de la realización del derecho material constitucional. No obstante, está bien E 8, 92 (94 y ss.).

retroactivos de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental<sup>118</sup>.

La práctica que obvia los juicios orales merece nuestra crítica por el déficit de pluralismo, información y apertura vinculado a dicha práctica<sup>119</sup>. El carácter público de la Constitución todavía no está realizado óptimamente en el Derecho procesal constitucional. La situación está mejor en lo que se refiere a pluralismo y división de poderes<sup>120</sup>. El Tribunal Constitucional es plenamente consciente de sus posibilidades de estrategia y táctica pretorianas<sup>121</sup>.

Si hacemos un balance total, éste probablemente sea positivo. Es asunto de la ciencia “convertir” la práctica de la Ley del Tribunal Constitucional ahora en teoría constitucional, para, a partir de esta esfera, poder influir en la práctica del Tribunal Constitucional a favor de “su” Derecho procesal como garantía de un pluralismo liberal y con división de poderes. Esto abre la posibilidad de fomentar reformas a partir del legislador, que por su parte hasta la fecha ha logrado lo suyo a favor de una configuración óptima del Derecho procesal constitucional, en tanto *law in public action*<sup>122</sup>, a través de la introducción del voto extraordinario<sup>123</sup>, y de la diferenciación del § 79

118. E 22, 277 (282) con miras al § 48 de la Ley del Tribunal Constitucional y al artículo 41, párrafo 2 y 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental; E 3, 45 (49); § 91 de la Ley del Tribunal Constitucional con miras al artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Consultar también la justificación de la exigencia de una semejanza con el derecho fundamental en E 8, I (11), que ahora, a través del artículo 93, párrafo 4 de la Ley Fundamental, ha adquirido el rango de constitucional; además E 6, 445 (448).

119. Con respecto a la crítica: RITTER, *NJW* (1972), 1689 y ss.

120. En relación a los “tribunales especializados más objetivos”: E 40, 88 (94); para la política exterior ahora: E 40, 141 (178 y s.).

121. Esto se muestra, por ejemplo en la sentencia de una sentencia parcial según § 25 párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional en E 38, 326 (336) en vistas a una sentencia posterior sobre la dieta parlamentaria [E 40, 296] en la judicatura referente al § 78, pp. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional y en la conexión de diversos procesos [E 12, 205 (223); 10, 185]. También al dejar abiertas las preguntas, como por ejemplo en E 40, 65 (84), puede entrar aquí, tal como también el *obiter dictum* de objetivo expreso; además el uso de las determinaciones procesales de lo que se puede, como por ejemplo § 30, párrafo 1 pp. 4 y 38 párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional.

122. Merece una crítica, sin embargo, el párrafo 4 del § 6, que fue introducido a través de la 1.<sup>a</sup> enmienda I *ÄndG* a la Ley del Tribunal Constitucional (1956) (deber de guardar silencio por parte de la comisión electoral); consultar mi aporte a la discusión en: FROWEIN u. a. (ed.) *Das BverfG im Dritten Jahrzehnt*, (1973), pp. 79 y s.

123. Es de remarcar la referencia (aunque sea sólo en el modo de suposición) al voto negativo de Rupp VON BRÜNNECK [E 32, 129 (142) en E 40, 65 (83 y s.)] que pasó así a desarrollar una fuerza normativa.

párrafo 4 de la Ley del Tribunal Constitucional en la 4.<sup>a</sup> enmienda de la Ley del Tribunal Constitucional desde 1970. Una teoría constitucional del Derecho procesal constitucional<sup>124</sup> podría convertirse en el crítico y socio del Tribunal Constitucional "en lo referente" al Derecho procesal constitucional.

### III. APÉNDICE AL "DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO"

Las tesis fundamentales de este ensayo han recibido por una parte aprobación<sup>125</sup> y por otra críticas<sup>126</sup> en la literatura. Las preguntas subyacentes a estas tesis deberían aclararse lo más pronto posible, debido a que de no hacerlo, pasaría justamente lo contrario, y en muchos sentidos vendría a ser un regalo para el Tribunal Constitucional (1976), y pasarían a ser problemas del Derecho procesal constitucional, que sólo se pueden examinar desde un punto de vista especial<sup>127</sup>.

El interés de este ensayo se apoya en la tesis paralela del "Derecho procesal penal como Derecho constitucional concretizado"<sup>128</sup>.

124. A través de la constitucionalización de principios procesales, tales como el carácter público y oral y la participación plural. Desde un principio oficial se termina en "principios procesales constitucionales". Con respecto a esto consultar mi ponencia en el tomo *Verfassungsgerichtbarkeit*, que se publicó en (1976) por la *Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt*. Así como este ensayo, ha sido pensado como un homenaje al 25 aniversario del Tribunal Constitucional, ya que por falta de tiempo y problemas técnicos, el autor no pudo participar en la publicación por el aniversario del Tribunal Constitucional, planeada por STARK, ROELLECKE, ZACHER, entre otros.

125. Cfr. ENGELMANN, *Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht* (1977), especialmente pp. 122 y ss. (con información sobre el estado de la discusión pp. 122 FN 1, pp. 139 y ss.); VON MUTIUS, en: *VerwArch* 67 (1976), pp. 403 (407 Nota 31); KRASNEY, en: *FS für Brackmann*, (1977), pp. 311 (319 con nota 39); con respecto al ensayo del autor en *JZ*, (1973), pp. 451 y ss., consultar también Zuck, *NJW* (1975), pp. 907 (910); VOGEL, en: *BverfGFestgabe I* (1976), pp. 568 (576); ZEITLER, F.C., *JöR* 25 (1976), pp. 621 (637); intermediando Stern, *BverfGFestg.*: pp. 194 (199, nota 18); SCHENKE, *Verfassungsorgantreue*, (1977), pp. 123 Nota 181.

126. ACHTERBERG, *DÖV* (1977), pp. 649 (658 y ss.).

127. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 2 tomos, (1976), editado por STARK, por ejemplo T. I: pp. 104 y ss. (SATTLER), 142 y ss. (Knöpfe), 170 y ss. (ERICHSEN), 194 y ss. (STERN), 225 y ss. (LORENZ), 269 y ss. (LEISNER), 292 y ss. (SÖHN), 323 y ss. (BETTERMANN), 374 y ss. (SPANNER); T. 2: pp. 364 y ss. (385 y ss., H.H. RUPP). Recensiones de esta edición celebratoria fueron llevadas a cabo por H. Weber, en: *NJW* (1976), pp. 2108 y ss. y H.P. Ipsen, en: *Der Staat* 17 (1978), pp. 96 y ss.

128. Walter SAX, en BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHNEIDER, *Die Grundrechte*, (1959), 3 tomos, 2.<sup>o</sup> medio tomo, pp. 909 y ss. (966 y ss., 967: "El proceso penal en última instancia es

Recientemente, ha aumentado considerablemente el interés por las preguntas de carácter procesal constitucional<sup>129</sup>. La literatura sobre la función del Tribunal Constitucional sigue en aumento<sup>130</sup>.

El punto de partida propuesto por el autor se confirma también en las últimas sentencias del Tribunal Constitucional: por ejemplo, en lo que respecta a la actividad informativa, plural y amplia del Tribunal Constitucional<sup>131</sup> o en lo referente a “saltar” obstáculos procesales<sup>132</sup>.

El ejemplo destacable más reciente para el manejo flexible del Derecho procesal constitucional lo da la sentencia del Tribunal Constitucional del 31/01/1978 E 47, 146 (157 y ss.) (aceptación de la sentencia preliminar del OVG Münster en lo referente al § 7 *AtomG*). El Tribunal Constitucional menciona aquí explícitamente el “desarrollo judicial continuo del Derecho procesal”. Para ello logra un “acceso prematuro” al Tribunal Constitucional

Derecho constitucional aplicado”); consultar también KERN/ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, ed. 14, (1976), pp. 8 y ss.: “El derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado”.

129. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit*, (1976); Menger, *Zur Kontrollbefugnis des BVerfG bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen zum DiätenUrtil des BVerfG*, *Verw Arch* 67 (1976), pp. 393 y ss. ( con respecto al *BVerfDE* 42, 64 y ss.); SACHS, *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, (1977); STARK, *JuS* (1977), pp. 732 y ss.; K. LANGE, *Bindungswirkungen und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *JuS* (1978), pp. 1 y ss.; MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, (1977) (al respecto mi comentario en *DVBl*, (1978), pp. 653); STEINWEDEL, “*Spezifisches Verfassungsrecht und “einfaches Recht”*”, (1976) (al respecto mi comentario en *DÖV* (1977), pp. 454 y s.); KLEIN, Hans H. *Probleme der Bindung des “einfachen Richters” an Entscheidungen*, *BayVBl*, (1977), pp. 368; ZUCK, *Anm. Zum ZeidlerBeschluss*, *NJW*, (1976), pp. 285; FIEDLER, *Anm. Zum Des BVerfG v. 7.7.1975*, *JZ* (1976), pp. 175 y ss.; SCHENKE, *Verfassungsorganstreue*, (1977), pp. 115 y ss., 130 y ss.; KALKBRENNER y MAUNZ, *Anm. En BayVBl*, (1978), pp. 80 y ss. y 145 y ss.; BETTERMANN, *NJW* (1978), pp. 823 y ss.
130. GRIMM, *Verfassungsgerichtbarkeit im demokratischen System*, *JZ* (1976), pp. 697 y ss.; STARK, *Das BVerfG im politischen Prozess der Bundesrepublik*, (1976); BENDA, *Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von Recht und Politik*, *ZRP* (1977), pp. 1 y ss.; M. HIESCH, *Zum Problem der “Grenzüberschreitungen des Bundesverfassungsgerichts” DriZ* (1977), pp. 225 y ss.; GOERLICH, *Erfordernisse rationaler Gesetzgebung nach Maßstäben des BVerfG*, *JR* (1977), pp. 89 y ss.; W. Rupp VON BRÜNNECK, *AöR* 102 (1977), pp. 1 y ss.; OSSENBUHL, en: *FS Ipsen*, (1977), pp. 129 y ss.
131. Sentencia del Tribunal Constitucional 42, 312 (318 y s., 320 y s.), 133 (136 y s.); 43, 79 (85 y ss.), 213 (220 y ss.: “cuestionario”), 242 (264 y s.); 44, 37 (47 y ss.), 216 (222 y s.), 322 (331 y ss.); 45, 1 (28), 187 (203 y ss.). Cuestionario, 272 (280 y ss.), 400 (409 y ss.); 47, 1 (13 y ss.), 191 (195 y s.).
132. Sentencia SCHLEYER, sentencia del Tribunal Constitucional 46, 160 y ss. (amplia anticipación de lo principal).

en el proceso según el artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, a través del camino de una analogía con el bienestar común con respecto al § 90 párrafo 2 inciso 2 de la Ley del Tribunal Constitucional<sup>133</sup>. No sólo la controvertida referencia a la opinión pública de las cuestiones a resolverse han conducido a esta interpretación (§ 7 Ley Nuclear). Esta autonomía relativa en las sentencias sobre principios procesales, por cierto que implican también problemas materiales<sup>134</sup>. La “singularidad del proceso jurídico constitucional” es resaltada también en la sentencia del Tribunal Constitucional 47, 105 (107); en lo referente a sus “particularidades”: *ib.*, p. 107 s. Ver también E 46, 321 (323 s.).

En la medida en que el Tribunal Constitucional continúa elaborando y ampliando su jurisprudencia con respecto al Derecho procesal constitucional, se llegará (debido a los efectos retroactivos sobre la Ley Fundamental, que mencionamos) a una “interpretación de la Constitución conforme a la jurisprudencia” (al respecto mi comentario en *DVBI*, 1978, p. 653).

Cuando en 1976 el autor se atrevió a escribir este ensayo, la literatura sobre el tema era sumamente pobre. Mucho más tarde se trataron las cuestiones de principio planteadas en grandes informes de jurisprudencia (comparar con E. KLEIN, *Lehrbuch des verfassungsprozessrecht (...)*, *AöR* 108 (1983), p. 410 y ss., (561 y ss.) y en los manuales (C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1991; E. BENDA/E. KLEIN, *Lehrbuch de Verfassungsprozessrecht* 1991; K. SCHLAICH, *Das BVerfGr*, 3.<sup>a</sup> ed., 1994). Aún hoy en día, el autor se aferra a su tesis; a través del Tribunal Constitucional, se siente más bien apoyado que refutado [por ejemplo E 32, 288 (291); 50, 254

---

133. Con respecto a la técnica pretoriana de las “analogías del bien común”, *cfr.* con mi *Öffentliches Interesse*, (1970), pp. 316 y ss., 353 y ss., con respecto a las reservas de los hechos excepcionales para el bienestar común (como el § 90, párrafo 2, pp. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional), *cfr.* mi *Öffentliches Interesse*, pp. 172 y ss., 316 y ss., así como “*Gemeinwohljudikatur*” und Bundesverfassungsgericht, en: *AöR* 95 (1970), pp. 86, 260 (263 y ss.) con ejemplos para la argumentación contextual.

134. A las nuevas sentencias fundamentales pertenecen las sentencias del Tribunal Constitucional 45, 64 (74) fundamentales, corresponden, por ejemplo, a la doble función de defensa legal de la demanda constitucional “de la misma manera un medio de defensa legal y específico y una protección del derecho constitucional objetivo” [como E 33, 247 (259)], así como a las particularidades del proceso constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 43, 126 (128): Fortalecimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional 32, 288 (290 y s.); 35, 171 (173). El litigio entre la mayoría del Gobierno y la minoría de la oposición en el Parlamento Federal alemán por su incorporación al proceso en lo referente a la codeterminación, debería resolverse en el sentido de mi propuesta (*JZ* (1975), pp. 297, (304 nota 84)). Con respecto a la subsidiariedad de la demanda constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 47, 144 (145), 146 (154, 167), 198 (224).

(255) "independencia"; 51, 405 (407); 52, 63 (80); 64, 301 (317 y s.); 67, 26 (34 y s.); 70, 35 (51); 71, 305 (335); 87, 270 (272); 89, 313 (314): "Independencia"; 90, 40 (43); 90, 43 (45 y s.)). La opinión de KLEIN [en: BENDA/KLEIN, *a.a.O.*, p. 62 y ss., también KLEIN en *AöR*, *a.a.O.*, p. 621 y ss.; pero también ebd. p. 561 y s.] se basa sobre otra interpretación de la Constitución, en la cual continúa abierta la discusión acerca de los intérpretes de la Constitución en el marco de la sociedad abierta. De vez en cuando, el Tribunal Constitucional maneja "su" Derecho procesal constitucional, incluso de manera muy soberana [por ejemplo E 90, 268 (338 y ss.)].

## ¿EXISTE UN ESPACIO PÚBLICO\* EUROPEO? \*\*

## INTRODUCCIÓN. ACTUALIDAD DEL PROBLEMA

Los Coloquios de Vigoni, en esta su ya cuarta edición, no sólo han creado una tradición de encuentros en el marco de los intercambios culturales germano-italianos, sino que también han despertado “demandas”: la concurrencia de numerosos científicos y artistas o creadores “mediáticos” de arte provenientes de varias naciones, en mi opinión, se encuentra al servicio de un único “objeto”: el tema “Europa como cultura”. La pluralidad de las diferentes apreciaciones metódicas de cada una de las diversas disciplinas y artes se coteja en un tomo de consideraciones científico-culturales<sup>1</sup>, y

---

\* Nota del traductor: La palabra alemana *Öffentlichkeit* presenta problemas de traducción al castellano que distan de estar resueltos. Nosotros la hemos traducido de diversas formas (“opinión pública”, “lo público”, “espacio público”, “publicidad”) en función de lo que hemos creído más adecuado al contexto.

Publicado en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, N.º 3, 1998. Traducción del alemán de Carlos Ruiz Miguel.

\*\* Este trabajo se basa en la conferencia pronunciada por el autor en los cuartos “Diálogos de Vigoni”, celebrados el 2 de abril de 1997 en la localidad italiana de Menaggio.

1. El autor ha tratado esto de forma programática: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982 (2.ª ed. en 1997).

ello enlaza con el tema que ahora vamos a tratar. En esta cuestión, el debate acerca de un concepto amplio o estricto de cultura puede quedar aún abierto en el sentido que refleja mi frase de 1979: "concepto abierto de cultura"<sup>2</sup>. En los anteriores Encuentros de Vigoni (1991, 1993, 1995) tomaron la palabra sobre todo juristas (de la Europa Occidental y de la entonces Oriental<sup>3</sup>), pero ahora el círculo se ha ampliado hacia los medios de comunicación y las estructuras de mercado en la "Europa después de Maastricht". Por ello, el "mercado" (que, como es ya conocido, es una entidad desconocida) debe ser *prima facie*, una palabra sugestiva en relación con la Cultura, porque el mercado afecta a lo económico que, al menos en algunos aspectos, se encuentra en contraposición con ciertos valores culturales. Pero yo ahora propongo desde una perspectiva específicamente jurídico-constitucional la siguiente cuestión: '¿existe un espacio público europeo?', cuestión conectada con otras igualmente conocidas y debatidas como: '¿existe una Constitución europea?'<sup>4</sup>. (en mi opinión existe un conjunto de fragmentos constitucionales en sentido material aprehensibles formalmente en los principios de CEDH y en la jurisprudencia del TEDH) o '¿existe ya un Estado europeo?' (a través de la fórmula "Liga de Estados" empleada por el TCFA en su Sentencia sobre Maastricht – *BverGE* 89, 155 – la cuestión queda más oscurecida que aclarada). En mi opinión, existen ya hoy elementos estructurales de un "Estado constitucional europeo"<sup>5</sup>: serían la ciudadanía de la Unión (art. 8 TCEE), el derecho de sufragio en las elecciones municipales (art. 8 B TCEE), el derecho de petición (art. 8 D TCEE), el *Ombudsman* europeo (art. 138 E TCEE), el cada vez más fuerte Parlamento Europeo así como la jurisprudencia de los dos "Tribunales Constitucionales" europeos,

- 
2. Véase, HÄBERLE, P., *Kulturpolitik in der Stadt-ein Verfassungsauftrag*, 1979. En la literatura no jurídica últimamente, O. SCHWENKE/A.J. WEISAND/H. HOFFMANN u.a., en Suplemento al semanario *Das Parlament* B 41/96 (4-X-1996) las contribuciones "Kulturpolitik im Spektrum der Gesellschaftspolitik", "Kulturpolitik unter Reformdruck" y "Kulturdialog für das 21. Jahrhundert".
  3. Véanse resúmenes de estas intervenciones en el volumen editado por P. RIDOLA, *Vigoni III*, 1997. Antes, ZAGREBELSKY, G. (ed.), *Il federalismo e la democrazia europea*, 1994.
  4. Véase, GRIMM, D., *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995, especialmente pp. 44: "Falta el correspondiente espacio público en el plano político europeo". Ver también RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., "Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft", en *EuGRZ* 1996, pp. 125 y ss.; VON BOGDANDY, A./NETTESHEIM, M., "Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung", *EuR* 1996, pp. 3 y ss.; PERNICE, I. "Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund", *EuR* 1996, pp. 27 y ss.; H. HEBERLEIN "Regierungskonferenz 1996: Eine Neue Verfassung für die Europäische Union?" (Crónica), *BayVBl* 1997, pp. 78 y ss.
  5. Sobre ello, mi contribución "Die europäische Verfassungstaatlichkeit", *KritW* 1995, pp. 298 y ss.

el TJUE de Luxemburgo y el TEDH de Estrasburgo, que “traspasa” a los Estados miembros de la UE. Por último, los Estados miembros de la UE ya no son “extranjeros” entre sí. Forman un trozo de “interior” y constituyen en un sentido profundo “países amigos”.

## I. EL ESPACIO PÚBLICO. EL ESPACIO PÚBLICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. El espacio público es el primer concepto de mi discurso, el cual requiere de una “delimitación”. Científicamente ha sido progresivamente precisado por los constitucionalistas R. SMEND (1955) y K. HESSE (1958), así como por el sociólogo J. HABERMAS (1967)<sup>6</sup>. Yo mismo, en 1969, me he aventurado en la conexión entre “espacio público y Constitución”<sup>7</sup>, para después llegar a la tesis de la “Constitución como proceso abierto” (1978). Con referencia al Derecho Constitucional positivo debe distinguirse entre la faceta pública del Parlamento, del Gobierno y de la Administración así como de los Tribunales y los supuestos excepcionales en los que no hay publicidad en esos ámbitos. Las tres funciones estatales establecidas por la teoría clásica de la división de poderes, tienen en el Estado constitucional una relación específica y ciertamente diferenciada con la publicidad. Este Estado constitucional (*res publica/res populi* en sentido ciceroniano) debe legitimarse fundamentalmente de modo público, es decir, debe tener responsabilidad. Textos clásicos como el de G. HEINEMANN (espacio público como “levadura de la democracia”) hasta el de M. WALSER (el espacio público como “manantial de nuestra democracia”) acompañan a este postulado, en el que debemos evocar al suabo HEGEL que dijo que en el espacio público se encuentra “todo lo verdadero y todo lo falso a la vez”. Esta idea sobre el espacio público se distancia tanto del Estado absolutista

6. R. SMEND, “Zum Problem des Öffentlichen un der Öffentlichkeit”, *Ged.-Schrift für W. JELLINEK*, 1955, pp. 11 y ss. (N. del T., existe traducción castellana de este trabajo en R. Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de J.M.ª BENEYTO, CEC, Madrid, 1983, pp. 269 y ss.); HESSE, K., “Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat”, *VVDStRL* 17 (1959), pp. 11 (42 y ss.).

7. “Öffentlichkeit und Verfassung”, *ZfP* 1969, pp. 273 y ss., reimpresso en *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996 (2.ª ed.), pp. 225 y ss.. Entre la literatura jurídico-constitucional relativa al espacio público: W. MARTENS, *Öffentlichkeit als Rechtsbegriff*, 1969; A. RINKEN, *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem*, 1971; M. KLOPPER, “Öffentliche Meinung, Massenmedien”, en *ISENSEE y KIRCHOF Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. II, 1987, pp. 171 y ss.

del *arcanum* como del Estado totalitario, ya sea de izquierda o derecha, "que estatalizan" o manipulan el espacio público y no lo conciben pluralmente. En el Estado constitucional alemán hay que evocar el art. 42.1 GG ("Las sesiones del Bundestag son públicas") y también la Constitución de la Iglesia de San Pablo de Frankfurt (& 178.1: "los procedimientos judiciales deben ser orales y públicos). La misma Constitución española condensa en el nivel textual estos conocimientos en el principio de "publicidad de las normas" (art. 9.3), y el cada vez más frecuente derecho a la información sobre el ambiente (p. ejemplo, art. 39.7 de la Constitución de Brandemburgo de 1992) abre un espacio de publicidad en el terreno administrativo, del mismo modo que el *Ombudsman* de muchos Estados constitucionales europeos (desde Escandinavia hasta la Europa del Sur, desde Portugal hasta Polonia) consagra un espacio de publicidad.

2. Después de este examen de supuestos relativos a la publicidad, que debieran ser añadidos a los relacionados con el bien común<sup>8</sup>, es preciso llevar a cabo una consideración teórico-constitucional. En el Estado constitucional (y de él debemos partir aquí, pues como tal es contemplada la "Federación" europea desde la perspectiva de la opinión pública europea) hay una "tríada republicana". En virtud de la misma, hay que distinguir en su seno el estricto terreno de la estatalidad compuesto por los órganos constituidos (esto es, los tres poderes), el campo de la público-social y, finalmente, el de lo privado, con todas las interacciones consiguientes. El ámbito de lo público-social opera "entre" el Estado y lo privado y se presenta, p. ejemplo, como pluralidad abierta de partidos políticos (tal y como se desprende del art. 21.1.4 GG: obligación de los partidos de rendir cuentas públicamente de sus recursos), pluralidad abierta de asociaciones e iglesias y, no menos importante, pluralidad abierta de medios de comunicación. Estos ámbitos están, en parte, asegurados por ciertos derechos fundamentales. La doctrina francesa posee el hermoso concepto de "*libertés publiques*" y también la Constitución española habla de "libertades públicas" (Título I, Capítulo 2, Sección 1.<sup>a</sup>). Cuando el art. 19 de la Constitución italiana garantiza a todos a profesar libremente su propia fe religiosa "individual o asociadamente", o cuando el art. 23.1 de la Constitución Española determina que "los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas" (*status activus publicus*) se muestra plenamente la dinámica

8. Sobre ello, HÄBERLE, P., *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, *passim*, especialmente pp. 32 y ss.; últimamente, *id.*, *Europäisches Rechtskultur*, 1997, pp. 323 y ss.

de los público a partir de la libertad de los ciudadanos: su actuación creativa en última instancia sostiene al Estado constitucional. Esto presupone también la garantía del tercer ámbito: lo privado o la libertad privada. Las zonas privadas, garantizadas en muchos derechos fundamentales y en diferentes textos, constituyen una pieza de la libertad negativa contra el Estado: desde el “punto de partida sin-mí” hasta la crítica y la oposición (no violentas). Del mismo modo, la intimidad no sólo se garantiza en beneficio de ella misma. La intimidad constituye una protección mediata del espacio público pluralista, lo cual es especialmente acuciante en el campo de los medios de comunicación y resulta apoyado por la jurisprudencia pluralista del Tribunal Constitucional Federal Alemán en materia de televisión (*BverfGE* 12, 205; posteriormente, *BverfGE* 74, 297) con sus expresiones “pluralismo interno” y “pluralismo externo”. Partiendo de los “bastiones” de la libertad privada pueden los ciudadanos, p. ejemplo, por la vía de la libertad de reunión y manifestación, prestar contribuciones tanto más productivas al discurso público de la comunidad poética y articular sus representaciones de la justicia y del bien común.

3. Con ello, queda expedito el camino para la siguiente conclusión: lo público es, en primer lugar, un concepto espacial. Alude a los campos sociales de la Economía, la Ciencia, el Arte y también la Política que dividen el conjunto de la *res publica* en diferentes ámbitos laborales o funcionales. En ella participan los partidos, las asociaciones, los sindicatos y los empresarios, las iglesias, los medios de comunicación, todos los cuales actúan, protegidos por los derechos fundamentales, en una competencia de intereses. ¡También el “mercado” es un ámbito público-social de ese tipo y no ciertamente la medida de todas las cosas y mucho menos la medida del ser humano! En el Estado constitucional lo público se encuentra en el arco de tensión de la mencionada “triada republicana” entre el Estado y lo privado, pero es algo más que un simple “punto medio”.

En segundo lugar, lo público es un concepto valorativo: en ello existen unos contenidos que en la cadena de las ideas *res publica*, república, *res salus publica* y libertad pública han sido llevados hasta el concepto: el ejercicio público de la libertad sirve también para la búsqueda de la *salus publica*, lo cual sucede en el Estado constitucional en los procedimientos pluralistas; “república” significa algo más que ausencia de monarquía (G. JELLINEK), gracias a las libertades públicas se halla en relación con la plenitud del sentido de la obligación de perseguir el bien común en todas las actuaciones estatales. Cuando la opinión pública es calificada como “cuarto poder” se pone de manifiesto su alto rango. Sin embargo, la opinión pública no es un “poder”, antes bien, precisa de las condiciones estructurales creadas y mantenidas con pleno vigor por el Estado constitucional, garantizadas por su

monopolio de la fuerza. Por ello, lo público se halla profundamente ligado con los valores fundamentales del Estado constitucional (como la dignidad humana como premisa antropológico-cultural y la democracia como consecuencia organizativa) y con la eterna búsqueda de la verdad en el sentido de los textos clásicos desde LESSING hasta W. VON HUMBOLDT (las “Comisiones de la verdad” en el Salvador y en la Sudáfrica de N. Mandela representan una valiente innovación)<sup>9</sup>. Lo público es un presupuesto para el difícil acercamiento a la justicia (como en las garantías del debido proceso) y la progresiva profundización en el bien común (como p. ejemplo, los procedimientos de audiencia a los interesados en Suiza). Tampoco puede olvidarse la dimensión de “Estado de cultura” que posee el Estado constitucional. Este concepto de Estado de cultura, cuyo fundamento debemos a la “cultura” de Cicerón<sup>10</sup>, aparece en Alemania a partir de FICHTE y se encuentra muy vivo en Estados federales como Suiza o Alemania como “Cultura del federalismo”, e igualmente aparece *in fieri* en el plano europeo en la cláusula general del art. 128 TCEE y en las cláusulas especiales de los arts. 126 y 127 del mismo Tratado. Las diversas tareas culturales del Estado constitucional y las libertades culturales de los ciudadanos derivadas de ello, están incrustadas como contenido de lo público.

4. Ello nos conduce a examinar el déficit y los peligros de este espacio público. Existe, por ejemplo, un “espacio público aparente” que nada tiene que ver con la esfera pública valiosa, ni con aquella parte de irrenunciable idealismo y “optimismo de lo público” del Estado constitucional, pero que, sin embargo, está igualmente garantizada y se encuentra hoy tan a menudo: estamos pensando en el aparente espacio público de los *talk-shows* o *reality-shows* en los que la simple acumulación cuantitativa de exposiciones de lo privado-íntimo no se transforma cualitativamente en algo público de relevancia estatal-constitucional. Estamos pensando también en el déficit de espacio público que amenaza producirse con los procesos de concentración de televisiones privadas. Estamos pensando en todos aquellos “procesos de mercado”, en suma, que degeneran en puros procesos de poder y que ponen en peligro el contenido de lo público a través de un nuevo economicismo, de orientación materialista postmarxista precisamente después del *annus mirabilis* de 1989. Aquí al Estado constitucional se le exige que intervenga, por ejemplo, en materia de disciplina de medios de

9. Sobre ello, HÄBERLE, P., *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, pp. 20 y ss.

10. Ver J. NIEDERMANN, *Kultur, Werden und Wandlungen des Begriffs und seiner Ersatzbegriffe von Cicero bis Herder*, 1941.

comunicación social, regulación de cuotas, estructuración pluralista de los medios de comunicación de masas y en la limitación de sus actividades en interés de ciertos valores culturales comunes en Europa, como la protección de la juventud, la prohibición de la violencia, etc.

## II. EL ESPACIO PÚBLICO EUROPEO. OPORTUNIDAD DE DESARROLLO, CONDICIONES DE CRECIMIENTO, DÉFICITS, PELIGROS Y LIMITACIONES

1. Como se puede suponer, las reflexiones anteriores han sido desenvueltas en el marco del tipo Estado constitucional democrático. El espacio público es uno de sus elementos estructurales, es algo más que un simple "instrumento" o "caja de resonancia". Constitución y espacio público hasta hoy se hallan íntimamente hermanados, como se demuestra histórica y comparativamente, relación ésta que ciertamente siempre está puesta en peligro. Partiendo del ámbito relativamente asegurado del espacio público del Estado constitucional, en este epígrafe nos preguntaremos, sin más dilación, acerca del espacio público "europeo". ¿Cuáles son sus oportunidades y sus condiciones de desarrollo? ¿dónde se esconden los peligros que la acechan (empezando por el "mercado")? ¿dónde están sus déficits y sus limitaciones (por ejemplo, en relación con el espacio público mundial o la sociedad global de la información)? En algunas cosas podemos aprender del espacio público propio del Estado constitucional, toda vez que Europa, en sentido estricto y en sentido lato, es una "unión" de Estados constitucionales profundamente distinta de las demás.

2. Comencemos con un análisis del ámbito europeo a partir de una apropiada exégesis de los textos. En el TCEE, tal y como se configura después de Maastrique (1992) se incluyen unos artículos que bien presuponen, bien tratan de crear un espacio público europeo: art. 138 A ("Los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión")<sup>11</sup>, art. 142 y 143 (publicidad del Parlamento europeo), art. 166.2 (presentación pública de las conclusiones del Abogado general), art. 188 C.4 (publicación

---

11. Sobre ello, TSATSOS, D., "Europäische politische Parteien? Erste Überlegungen zur Auslegung des Parteienartikels des Maastrichter Vertrages - Art. 138 a EGV", *EuGRZ* 1994, pp. 45 y ss.

de los informes anuales del Tribunal de Cuentas). También se encuentra relacionado con la publicidad la actividad del Defensor del Pueblo (art. 138 E) y del TJUE. El espacio público está presupuesto en el art. A del TUE ("Unión ... entre los pueblos de Europa en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos")<sup>12</sup> y en el art. F del mismo Tratado ("La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos" y también los derechos humanos y las libertades fundamentales como "resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario"); en efecto, ideas como "conciencia europea", cercanía a los ciudadanos, democracia, derechos humanos y derechos fundamentales no pueden ser concebidas sin la presencia de un espacio público en sentido estatal-constitucional, siquiera sea en forma embrionaria. La conclusión provisional que se extrae es la siguiente: en virtud de las exigencias normativas derivadas de Maastricht, la existencia de un espacio público europeo queda garantizado o presupuesta, en parte explícitamente y en parte implícitamente. También el CEDH resulta sumamente fértil como semilla de un Derecho europeo en sentido amplio (véase el Preámbulo: con sus referencias a la democracia, al "patrimonio común de ideales y tradiciones políticas"; pero también el art. 6.1: exigencia de audiencia pública de las causas, publicación de las sentencias; y el art 9: práctica pública de la religión)<sup>13</sup>. En el convenio europeo sobre cultura de 1954<sup>14</sup>, que ha anticipado en gran medida el actual Derecho Constitucional Cultural europeo<sup>15</sup>, también se encuentra subyacente un espacio público europeo, en la medida en que se habla de "cultura europea" y de su creación, preservación y desarrollo (Preámbulo), y en la medida en que se promueve la

- 
12. De entre la literatura, H.-J. BLANKEM/M. KUSCHNICK, "Bürgernähe und Effizienz als Regulatoren des Widerstreits zwischen Erweiterung und Vertiefung der Europäischen Union", *DÖV* 1997, pp. 45 y ss.
  13. Sobre el art. 6 CEDH: FROWEIN, J.A./ PEUKERT, W. *Europäische Menschenrechtskonvention*, 1996 (2.ª ed.), pp. 244 y ss.
  14. Véase el texto en F. BERGER (ed.), *Völkerrecht, Dokumentensammlung*, t. I, 1967, pp. 1330 y ss.
  15. Sobre ello mi contribución: "Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive", *JöR* 32 (1983), pp. 9 y ss. Entre la literatura jurídico-constitucional sobre los principios fundamentales véase: las contribuciones contenidas en HÄBERLE, P. (ed.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982; W. MAIHOFER, *Kulturelle Aufgaben des modernen Staates*", en *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1994 (2.ª ed.), pp. 1201 y ss.; STEINER, U./GRIMM, D., "Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen", *VVDStRL* 42, 1984, pp. 7 y ss. Y especialmente 46 y ss.; M.-E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit. Eine Untersuchung des Kulturstaatskonzepts von E. R. Huber*, 1990; HÄBERLE, P., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1990.

libertad de movimientos y de intercambios de personas y de bienes culturales (art. 4) y la facilidad en el acceso al patrimonio cultural común.

3. La pregunta crucial es: ¿este espacio público europeo del que se trata en los textos se corresponde con alguna realidad? o, por el contrario, ¿es rudimentario, "puntual", caprichoso o vago, del mismo modo que algunos (D. GRIMM) discuten que exista un pueblo, un Estado o una democracia europeas?<sup>16</sup>. En mi opinión, para resolver esta cuestión, hay que proceder, de una parte, a un análisis específico por sectores y, de otra parte, también a un análisis que tome en cuenta las referencias valorativas, y todo ello considerando el conjunto europeo. El espacio público europeo tiene, por consiguiente, unos contornos y unos contenidos, en parte escarpados y en parte suaves, pudiéndose considerar implicados en el mismo a sujetos que van desde el Parlamento europeo o los partidos hasta las asociaciones económicas, las iglesias y los creadores y divulgadores científicos y artísticos. En el centro de la discusión, sin embargo, se encuentra la tesis de que Europa en el fondo, "surge" de la Economía y hoy, por medio del Euro se desenvuelve hacia una "unión cada vez más estrecha entre los pueblos". No obstante, lo que ha llegado a ser y lo que pueda llegar a ser Europa es, primordialmente, su Cultura, su patrimonio cultural y su futuro cultural que se nutre de la pluralidad regional, municipal y nacional. Y esta Cultura es lo que también surge constantemente a partir de la existencia de un espacio público consistente. La Economía, entendida por lo demás como algo sólo instrumental, puede colaborar a la formación de un espacio público europeo, por ejemplo a través del intercambio de informaciones, productos y servicios, los mercados también pueden contribuir al movimiento y traslados de obras culturales, pero todo esto es efímero en última instancia y no tiene consistencia suficiente, porque los bienes culturales cabalmente "usados", interiorizan la cultura y hacen al hombre más humano (en el sentido apuntado por A. GEHLEN: 'Retorno a la cultura'). Del mismo modo, tampoco hay que olvidar la pluralidad de lenguas y las "barreras" que esta pluralidad eventualmente puede suponer.

También la *política* europea tiene una función conveniente. Puede crear las condiciones estructurales indispensables para la existencia de un espacio público europeo y ha prestado una gran contribución en este sentido.

---

16. Un temprano y valioso trabajo es el de A. VON BRÜNNECK, "Die öffentliche Meinung in der EG als Verfassungsproblem", *EuR* 1989, pp. 249 y ss. Ver también SCHINK, G. "Auf den Weg in eine europäische Gesellschaft?", en VON BOGDANDY, A. (ed.), *Die europäische Option*, 1993, pp. 269 y ss. Sobre el problema democrático en Europa: W. KLUTH, *Die demokratische Legitimation der Europäische Union*, 1995.

Pero incluso en el mismo Estado constitucional europeo, que es una criatura *par excellence* de la cultura, la política resulta poco consistente en tanto en cuanto no se condense en “cristalizaciones culturales” como los principios generales del Derecho, elementos de la cultura jurídica. De estas indicaciones puede desprenderse una tesis básica: que debe y *puede* haber un espacio público *cultural* en Europa, y que, en efecto, en algunos aspectos esenciales existe *ya* ese espacio público. Las palabras de J. MONNET deben servirnos de aliento: si él volviera a empezar el proceso de unificación europea, comenzaría por la cultura.

A partir del art. 128 TCEE puede desarrollarse un mandato cultural autónomo<sup>17</sup>. Este mandato se aseguraría a través de la idea de la dignidad humana la cual, no obstante presuponer la irrenunciable ficción de la libertad “natural” existente desde el nacimiento del ser humano, implica que toda libertad es, en su sentido más profundo, una libertad *cultural* y, además, exige ser complementada a través de procesos culturales de socialización por medio de regulaciones jurídicas, lo que, por ejemplo, tiene como consecuencia el establecimiento de un marco regulador de los medios de comunicación en el nivel europeo para garantizar el pluralismo de la opinión pública, tanto más necesario cuanto que el poder de los medios en el mercado debe ser frenado mediante estructuras pluralistas que hagan la función de división de poderes. La idea de “prestación básica” expresada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán es plenamente transferible al campo de la cultura: constituye el fundamento para exigir al Estado constitucional que asuma responsabilidades en ello. Aquí cabría incluir especialmente la educación y formación de la juventud en cuanto especiales mandatos culturales dirigidos a la Unión Europea en virtud de los arts. 126 y 127 TCEE, la cláusula cultural incluida de forma subrepticia en el art. 92.3.d. TCEE (ayudas para la promoción de la cultura y la conservación del patrimonio cultural), así como el art. 3.p. TCEE (contribución al desarrollo de las culturas de los Estados miembros). Estos preceptos crean una “conciencia europea”. A este propósito debe distinguirse la cultura de la cultura de *elite*, la cultura popular o las culturas alternativas e incluso, en relación, por ejemplo, con las fiestas estatales, cabría hablar de una “cultura reglamentaria” (T. FLEINER); podría también distinguirse entre cultura universal y cultura nacional o entre las diversas culturas europeas. En todas estas

---

17. La cláusula de normación cultural del art. 128.4 TCEE plantea numerosas interrogantes, pues no se limita a ser un mero recordatorio a la Comisión, sino que se dirige también al Parlamento europeo, a los parlamentos nacionales y regionales y a las regiones en general.

categorías de cultura se estima incorporado el concepto abierto o pluralista de cultura.

4. La tesis de que el espacio público europeo se constituye a partir de la cultura y sólo de forma *complementaria* a partir de la economía y la política, pero también a partir del Derecho (constitucional) y sus principios generales comunes a toda Europa<sup>18</sup>, se funda primordialmente en la historia. Simplificando podría decirse que Europa, en cuanto a su historia cultural, se ha formado a partir de la antigüedad griega y romana y que el Derecho romano le ha dado unos fundamentos a través de diversos procesos de recepción, siendo eso lo que hoy da consistencia interna a Europa. Sobre esto no podemos profundizar en este lugar. La existencia de una historia del “espacio público” europeo a partir de la cultura puede significarse mediante una serie de hitos. Aquí habría que incluir los ejemplos de maestros europeos como Tomás de Aquino y Nicolás de Cusa y más tarde de Leibniz (que impulsó una Academia en Rusia en 1700) que contribuyeron a la creación de un espacio público europeo, a los que habría que añadir los tres reformadores, Lutero, Zwinglio y Calvino, de los que cabría predicar lo mismo. Los autores clásicos europeos de la Teoría del Estado y del Derecho<sup>19</sup> han llegado a ser considerados como tales maestros precisamente por la opinión pública europea a la que ellos también han contribuido: T. HOBBS, J. LOCKE, MONTESQUIEU, J.-J. ROUSSEAU. En la ciencia jurídica, como ámbito sectorial, también existe hasta hoy una opinión pública, como se demuestra al citar los ejemplos de juristas de la época de Weimar como H. HELLER, R. SMEND, H. KELSEN y C. SCHMITT o, en Italia, el caso de C. MORTATI. La “Ciencia jurídica europea” es una manifestación y hoy día una forma cada vez más importante del espacio público europeo.

Aventurémonos directamente en otro campo de la cultura, en el arte.

5. El *arte* es quizá el sector más “seguro” en el que se manifiesta el espacio público europeo. Esto no se funda únicamente en aquellas “épocas doradas” en las que casi todas las Naciones europeas daban lo mejor de sí y las “voces de los pueblos” se sumaron en un “concierto doméstico europeo”, pues también en los tiempos de estrecheces se han dado clásicos europeos. Así fue recientemente considerado Jurek BECKER como un “clá-

18. Sobre ello mis contribuciones “Europäische Rechtskultur” y “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, en *Europäische Rechtskultur*, cit. *Supra*. Véase también el informe general del autor en R. BIEPER/P. WIDMER (eds.), citado *supra*, pp. 361 y ss.

19. Sobre el concepto de “clásico” desde la perspectiva del método y del contenido, véase mi estudio: *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

sico" europeo (¡en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 15-III-1997, p. 1!). Y un G. GRASS es también considerado tal desde *El tambor de hojalata*. Atenas y Roma fueron el anticipo. El "Siglo de Oro" español, que contribuyó a la formación de Europa, se produjo en el siglo XVI; después siguieron Holanda (precisamente entre 1600 y 1680)<sup>20</sup>, Francia y su "gran siglo" (Corneille, Racine, Molière, la invención del ballet en la corte de Luis XIV) y Alemania con la época clásica del Weimar de Goethe y Schiller y el Idealismo alemán convertido en acontecimiento europeo, sin olvidar a un J.J. Winckelmann que fue el director de los yacimientos antiguos de Roma (la edad de oro de la pintura danesa duró entre 1818 y 1848). Todo esto va de la mano con la música: desde J.S. Bach y W.A. Mozart hasta la eficacia unificadora de lo europeo de F. Liszt y F. Chopin. Otras manifestaciones de este fenómeno las encontramos en las amistades cultivadas epistolarmente en la Europa del siglo XIX, así como en la Sociedad aristocrática o Peter Paulus Rubens en el círculo de sus amigos humanistas mantuanos<sup>21</sup>. Las contribuciones de Italia al espacio público europeo, entendido como cultura, son incontables: desde el mundo de Asís (S. Francisco de Asís y Giotto) hasta el Renacimiento de Florencia, el Barroco de Roma y el desarrollo de la ópera en Nápoles (C. Monteverdi). Ciertamente todos los pueblos de Europa, como la "Alemania europea" (T. Mann), la "Polonia europea" o la "Italia europea" han creado una parte del espacio público con sus grandes aportaciones al arte. En cualquier caso, las épocas "grandes" o doradas realmente son tanto patrimonio cultural de significado europeo (art. 128.1 TCEE)<sup>22</sup> cuanto también parte de la identidad nacional (art. F.1 TUE). Ahí por tanto también se manifiesta el espacio público europeo. ¡Europa no puede reducirse a un mercado económico! Existe un diálogo artístico y científico en Europa.

6. Los escépticos pueden preguntar: ¿y qué ocurre hoy? La existencia de una común opinión pública relacionada con la cultura se puso de manifiesto con los atentados perpetrados contra los *Uffizi* de Florencia y

---

20. Sobre ello el volumen de B. WILCZEK (ed.), *Amsterdam 1585-1672, Morgenröte des bürgerlichen Kapitalismus*, 1993. Piénsese también en el siglo XVII europeo (desde Rembrandt a Velázquez, pasando por Bernini, Borromini y Pietro da Cortona).

21. Muy certero, E. STRAUB "Das Museum Europa", en el suplemento "Bilder und Zeiten" del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 28-XII-1996.

22. Una valiosa observación es la de MAYER, Hans, "Kulturschöpfung, Kulturzerstörung", en el Suplemento "Bilder und Zeiten" del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 8-III-1997, para quien "nuestro concepto de patrimonio cultural" tiene un origen histórico tardío y es una "creación de la Ilustración burguesa de finales del XVIII". Desde un planteamiento jurídico, véase BLECKMANN, A. "Die Wahrung der 'nationalen Identität' im Unionsvertrag", *JZ* 1997, pp. 65 y ss.

*San Giorgio in Velabro* en Roma. Igualmente existe un premio literario (con patrocinio privado) dedicado a la concordia europea. Desde el punto de vista estatal existen actividades dirigidas por Bruselas en materia de "cultura", de las que quizá las más conocidas son las relativas al cine y la televisión. La idea de Melina Mercuri de una "capital europea de la cultura" con carácter rotatorio (hoy Tesalónica) es otra contribución importante. Estas representaciones de la pluralidad y la unidad europeas constituyen una parte del espacio público europeo. Desde el punto de vista del sector privado, constantemente se organizan exposiciones que ponen de relieve la idea de Europa: por ejemplo, en 1997 la exposición "Grand Tour" en Roma que muestra cómo desde el siglo XVIII cada país envió a Italia viajeros o a miembros de la "clase cultivada" (la misma Inglaterra, la Alemania de la época clásica de la que destacan los viajes italianos de Goethe en 1787-1788). Pero también los profesores y los humanistas (como Erasmo) o los artistas viajaron: el mismo A. Dürero viajó a Venecia y después a Antwerpen. Muchos maestros holandeses y franceses viajaron a Roma. Un poeta como Shakespeare situó las acciones de sus obras en Atenas, Roma, Italia, Sicilia, Francia, España o Dinamarca: el "auditorio universal" fue esta Europa. En la Música es llamativo cuantos compositores se dedicaron a España: desde Mozart y Glinka hasta Liszt, Bizet, Debussy o Ravel. De esta suerte se halla presenta un "auditorio europeo" en el arte y en la cultura. Desde una perspectiva bilateral, recientemente contribuyó al espacio público cultural europeo el traslado del Museo *Capodimonte* de Nápoles a Bonn (invierno de 1996-1997)<sup>23</sup>.

La emisora "Arte" tiene el mérito de ser el foro mediático de la opinión pública cultural de Europa (que no se limita al eje franco-alemán, pues se espera que pronto también Italia participe formalmente en esta cadena televisiva). A este respecto tan sólo hay que recordar los temas de una semana cualquiera, como la del 24-III al 30-III de 1997 (que, por cierto, se dedicó a las ciencias sociales): una película con Mastroianni (que encarna el cine italiano como parte de Europa), una película polaca sobre "*El manuscrito de Zaragoza*", la noche temática "Política y Arte" con la presencia entre otros de Beuys y K. Staeck, una película musical sobre la Pasión según San Juan, una serie en diversas partes sobre JESÚS DE NAZARET, una ópera de F. Cavalli, una contribución sobre Leonardo Da Vinci, un programa sobre la fe y la palabra y la cuestión: ¿es el nuevo orden mundial un orden económico? Finalmente, *Pedro y el lobo*. Los suplementos culturales de los grandes diarios europeos informan de modo detallado sobre los aconteci-

---

23. En Música no podemos olvidar a compositores contemporáneos como Nono o Henze.

mientos culturales de la misma suerte que las secciones políticas de esos mismos diarios nos hablan, por ejemplo, de lo que ocurre en las sesiones del Parlamento de Estrasburgo.

7. El *ordenamiento jurídico* de los Estados constitucionales europeos en sus distintas variantes nacionales constituye la "mejor" parte del espacio público cultural de Europa. Hace ya mucho tiempo se ha restablecido una "ciencia jurídica europea" que apenas consigue expresarse en la frase "de Bolonia a Bruselas" (H. COING). El espacio jurídico-público de Europa es impulsado por el TEDH de Estrasburgo, el TJUE de Luxemburgo y también por los Tribunales Constitucionales nacionales que llevan a cabo una tarea, a veces solapada, de comparación jurídica y cuyos representantes realizan cada vez más frecuentes intercambios personales. De esta suerte, se producen encuentros periódicos de los jueces constitucionales europeos e incluso recientemente también una reunión de jueces europeos de lo contencioso-administrativo. Debemos evocar aquí la existencia de asociaciones europeas de juristas y programas como "Erasmus", "Tempus" o "Sócrates". Las Universidades europeas, muy en especial, constituyen puntos del espacio público europeo en los que se desarrolla la vida espiritual europea y donde reina la libertad europea de espíritu.

8. ¿Qué sucede con el espacio público europeo en los campos de la *Economía* y de la *Política*, complementarios de la cultura? Aquí se encuentran, en mi opinión, los grandes peligros y también los grandes déficits. La preeminencia en la práctica de lo puramente económico pone en peligro la Europa de la cultura y la globalización podría arrastrar el suelo del que se nutren las raíces culturales de esta Europa hasta convertirla en una monotonía superficial. La "Europa de las Regiones" en este sentido atribuye un mérito a cada región europea (por ejemplo el Tirol o la nueva entidad transfronteriza Renania-Palatinado/Borgoña) en cuanto recurso a la apoyatura en lo local, a la vivencia de la "patria" (véase también el art. 198 A á C TCEE: Comité de las Regiones). Edgar Reitz (cuya gran película ha sido un acontecimiento europeo) recientemente ha formulado una tesis provocadora<sup>24</sup> defendiendo la supresión de las ayudas estatales al cine: "el Estado no debe seguir definiendo lo que es el fomento de la cultura<sup>25</sup>; el Estado no

---

24. REITZ, E. "Der Mythos für alle, ein Zeit Gespräch", en *Die Zeit*, N.º 12 (14-III-1997), pp. 65.

25. Entre la literatura jurídica sobre este asunto puede citarse: GEISLER, B., *Staatliche Kunstförderung nach Grundgesetz und Recht der EG*, 1995; RESS, G., "Die Zulässigkeit von Kulturbeihilfen in der EU", en *Gedächtnis-Schrift für Grabitz*, 1995, pp. 595 y ss.; H.-J. Blanke, *Europa auf dem Weg zu einer Bildungs- und Kulturgemeinschaft*, 1994; STAUDENMAYER, D. "Europäische Bildungspolitik – vor und nach Maastricht", *BayVBl* 1995, pp. 321 y ss.; M. Niedobitek, "Die kulturelle Dimension im Vertrag über die Europäische Union", *EuR* 1995, pp. 349 y ss.

debe crear ninguna identidad, tampoco debe ser parte de la cultura... El fomento del cine no es ya un asunto de política cultural, sino pura posición política". El mismo Reitz, sin embargo, ha dicho que el cine europeo es algo que ciertamente ha existido: "Fellini, De Sica o Truffaut fueron grandes europeos porque contaron historias enteramente italianas o francesas con un gesto europeo. Fueron hijos de la vida del espíritu europeo y llevan la historia cultural de Europa en el corazón". En la Economía, la Cultura está ciertamente amenazada por la doctrina pura de la competencia, y al Derecho europeo le corresponde la tarea de delimitar, en mi opinión, las irrenunciabiles misiones de preservación de y fomento de la cultura que corresponden tanto al Estado nacional cuanto a la Unión europea.

De ello se desprende la necesidad de aclarar la relación entre Cultura y Economía. Si bien hay que reconocer que existe un "mercado del arte", no debe olvidarse sin embargo que no toda la cultura es "mercantilizable". Si bien existe una creciente tendencia al patrocinio de la cultura por entidades económicas privadas, no por ello dejan de perder vigencia las irrenunciabiles prestaciones culturales que debe aportar o gestionar el Estado constitucional. Con razón opinaba J. Delors que un mercado interior podría ser algo poco deseable.

9. Una última cuestión afecta a la *Política*: el espacio público europeo ¿es creado por la política o es presupuesto por ésta? En mi opinión, y aunque parezca ilógico, suceden ambas cosas. La actual discusión sobre el Euro se está desarrollando en todos los foros y medios de comunicación públicos<sup>26</sup>, a diferencia de lo que ocurrió con el Tratado de Maastricht (1991/1992) que encontró su inevitable discusión en la opinión pública muy tarde (por contraposición con lo ocurrido en Dinamarca y Francia donde se celebraron sendos referendos populares, al pueblo alemán se le cerró esa posibilidad). El "nacionalismo del marco" (dolorosa, pero certera expresión de J. HABERMAS), pide la palabra de modo apremiante allí donde creíamos haber encontrado, con la fórmula del "patriotismo constitucional" (D. STERNBERGER) una afortunada descripción de nuestra relación cultural con la Ley Fundamental de Bonn. Los intelectuales franceses se revuelven vehementemente contra el "sistema Tietmeyer", e incluso Italia se muestra también crítica con la idea de un banco central europeo<sup>27</sup>. No

26. Véase por todos los siguientes ejemplos: FISCHER, J. "Warum ich für den Euro bin", en *Die Zeit* N.º 13 (21-III-1997), pp. 7; BALKHAUSEN, D. *D-Mark kontra Eurogeld*, 1996; T. SARRAZIN, *Der Euro-Chance oder Abenteuer?*, 1997; JUNGBLUT, M. *Wenn der Euro rollt...*, 1996.

27. Sobre ello, GESTEIGER, F. "Wird der Euro zum Götzen?" en *Die Zeit* N.º 11 (7-III-1997), pp. 8; PIPER, N. "Maastricht light" en *Die Zeit* N.º 11 (7-III-1997), pp. 34 con la caricatura de una

obstante, existen ejemplos de que el espacio público político de Europa se distingue por su concentración en determinados elementos del Estado constitucional, como se aprecia en los siguientes hechos: las luchas en el interior de algunos Estados a propósito de la "Europa social" (por ejemplo, con una "Carta social"), de una "Carta europea de derechos fundamentales", de una "Unión en el medio ambiente" (crecimiento sostenido), del principio de subsidiariedad, de una integración flexible y del principio mayoritario; incluso las iglesias desean un reconocimiento constitucional en la reforma del Tratado de Maastricht lo que se aprecia en la discusión acerca de la protección de los pueblos minoritarios sobre la base de algunas recomendaciones del Consejo de Europa<sup>28</sup>. En la controversia acerca de la admisión de Rusia en el Consejo de Europa fue precisamente la deficiente realidad de los derechos humanos en aquel país lo que dividió a la opinión pública europea. En los Balcanes, los norteamericanos lograron sacar adelante en los Acuerdos de Dayton elementos ciertamente preconstitucionales como la federalización del territorio, los derechos fundamentales, la protección de las minorías o la jurisdicción constitucional. En este asunto, el "espacio público constitucional" de Europa no dio la talla. Pero también recientemente, la "manifestación europea" contra el Frente Nacional francés, celebrada en Estrasburgo en 1997, mostró aspectos de una opinión pública europea pues no sólo todos los medios informaron sobre la misma, sino que los participantes en tal manifestación se reclutaron en varios países europeos. Anteriormente, en fechas anteriores, se puso de manifiesto que *algunos* temas políticos habían inquietado a la opinión pública europea como el genocidio de armenios por los turcos en la Primera Guerra Mundial que fue confirmado en 1987 por el Parlamento Europeo, como un hecho histórico indudable.

---

lucha de dos perros boxer representando a KOHL, H., y R. PRODI; J SCHMIERER, "Ach, dieses Schweigen, Die französischen Linke streitet leidenschaftlich über Souveränität und Euro, die Deutsche nicht, Warum?" en *Die Zeit* N.º 12 (14-III-1997), pp. 6; CHEVENEMENT, J.P. "Die 'Idee Bundesbank' gefährdet das Vorhaben eines republikanischen Europa", *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (17-I-1997), pp. 39. Muy certero el canciller federal austriaco KLIMA, V. "Europa ist mehr als der Euro", en *Die Zeit* N.º 11 (7-III-1997), pp. 6. Ver también C. KOCH, "Die Methode Monnet und die Idee Tietmeyer", *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (11-II-1997), pp. 32.

28. Entre la literatura: BLUMENWITZ, D./GORNIG, G. (eds.), *Der Schutz von Minderheiten – und Volksgruppenrechten durch die Europäische Union*, 1996; KLEBES, H. "Der Entwurf eines Minderheitenprotokolls zur EMRK", *EuGRZ* 1993, pp. 148 y ss.; SCHULZE-FIELITZ, H. "Verfassungsrecht und neue Minderheiten", en FLEINER-GERSTER, T. (ed.), *Die multikulturelle und multiethnische Gesellschaft*, 1995, pp. 133 y ss.

## RECAPITULACIÓN Y PERSPECTIVAS

Como se ha puesto de manifiesto, en el proceso de constitucionalización de Europa resulta irrenunciable, desde una perspectiva teórica, el espacio público, si bien, en este momento sólo puede calificarse de vivo en algunos sectores; el espacio público cultural de Europa es vitalmente multi-forme y tiene muy profundas raíces. Este espacio público opera como el manantial o, si se quiere, el suelo que nutre las raíces de Europa. Se puede pensar en sectores de la cultura como la religión, la ciencia, el arte o incluso el deporte (los campeonatos de fútbol flanquean —*horribile dictu*— la Europa de la Cultura y su opinión pública con ciertamente fuertes regresiones a lo nacional) cuando se quiere entender la Cultura *lato sensu*. En parte, podemos considerar que está fuertemente configurado un “espacio público constitucional de Europa”, apreciable en algunos procedimientos e instituciones del Derecho Europeo (en sentido estricto o amplio) y también en la vida de los partidos y de las asociaciones. Europa como “Comunidad jurídica” es pública en la medida en que puedan serlo su elaboración, su investigación y su desarrollo, aspectos en los que existen ciertamente déficits democráticos bien conocidos. El sector de la *Economía* es ambivalente: de una parte, facilita la existencia de un espacio público vivo gracias a las libertades del mercado, y ciertamente la unificación europea ha sido fuertemente promovida por lo económico; de otro lado, Europa es una comunidad cultural amenazada por lo económico y la economía global. El pensamiento económico y materialista de la eficiencia malogra y pone en peligro el contenido del concepto de espacio público: su relación con el “patrimonio cultural de bienes espirituales”, su reconocimiento de que los Estados europeos están “animados de un mismo espíritu” (así se dice ya en el Preámbulo del CEDH DE 1950), su determinación de acrecentar la “solidaridad” entre los pueblos “dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones” (tal y como se afirma en el Preámbulo del TUE). Europa vive de una serie de valores fundamentales sustantivos y procedimentales que deben ser constante —y públicamente— reiterados, afirmados y desarrollados. El proceso de socialización cultural del *homo europaeus* sólo se consigue en los diversos espacios públicos ya mencionados. La cuestión, por tanto de “si existe un espacio público europeo” tiene *diferentes* respuestas y, en este sentido, hay que aludir críticamente a la frecuente falta de transparencia de las decisiones de “Bruselas”<sup>29</sup>. Que en todos estos campos

---

29. Entre la literatura, véase KAHL, W. “Das Transparenzdefizit im Rechtsetzungsprozess der EU”, ZG 1996, pp. 224 y ss.

el concepto espacial-territorial de Europa está abierto es algo que ya se ha afirmado de modo rotundo. Por poner algunos ejemplos concretos: Suiza sigue siendo un elemento vital del corazón de Europa aun cuando, por lo pronto, haga oídos técnico-jurídicamente sordos a los ruegos de la Unión Europea y actualmente esté amenazada con quedar aislada (en todo caso, resultan estimulantes algunos hechos como la osada propuesta del presidente federal suizo A. Kollers de crear un fondo de solidaridad con el oro nazi de las víctimas del Holocausto); Polonia, con Varsovia, Cracovia y sus espacios públicos urbanos (y, por supuesto, sus ciudades simbólicas como la reconstruida Dantzig), es tan europea como lo son también Budapest, Praga, Laibach y Zagreb. Lo mismo cabría decir de las tres repúblicas bálticas y sus respectivos "paisajes culturales". En mi opinión, incluso Turquía sería parte de Europa en la medida en que siga fiel a su "laicismo" constitucional-estatal (que es lo esencial de Europa). Las declaraciones contrarias a este aserto de los jefes de partidos demócrata-cristianos en primavera de 1997, creo que no cambian nada de ello<sup>30</sup>. En este sentido, la admisión en el Consejo de Europa (una de las más recientes es la de Croacia, en 1996) es sólo un indicio de la pertenencia a Europa. Es dudoso si Rusia es Europa pues, de un lado, no deja de mirar a sus territorios asiáticos y, de otro, sus déficits en materia de Estado constitucional son importantes<sup>31</sup>.

Todo esto no es un alegato en favor de una comprensión del espacio público europeo como una "fortaleza" defensiva contra otros continentes: la función de puente hacia Iberoamérica de los dos países ibéricos es conocida y exige una Europa abierta. En consecuencia, Europa debe permanecer claramente localizada y estar asegurada con toda sinceridad desde una perspectiva espacial-territorial y material-valorativa. Esto también es válido para las relaciones con los EE.UU., a los que tanto debe la creación de un espacio público-constitucional en Europa: desde la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia y el desarrollo de los Tribunales Constitucionales (incluidos los votos particulares) hasta algunas singularidades del Derecho parlamentario, pasando por los *Federalist Papers* (1787). Por lo demás, la tesis esbozada vive de las creencias que preceden al arte y

---

30. Véase el acertado comentario de SOMMER, T. "Europa is kein Christen-Club" en *Die Zeit* N.º 12 (14-III-1997), pp. 1; BAGEL, H. "Eine endlose enttäuschte Liebe", *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 25-III-1997, pp. 14.

31. Sin embargo, no cabe olvidar el deseo del presidente B. Yeltsin de que Rusia ingrese en la Unión Europea y de que Rusia sea finalmente reconocida como un "Estado plenamente europeo" (ver el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 24-III-1997, pp. 2).

a las demás creaciones religiosas y que les da su "materia prima"<sup>32</sup> y hace posible a la persona seguir su "camino recto". Dicho con palabras de Goethe: "quien posee ciencia y arte, también posee religión; quien no posee aquellas dos cosas, tiene religión". Esto es válido para Europa y su espacio público, especialmente hoy Europa como comunidad cultural vive y "se hace".

## TESIS FUNDAMENTALES

### Introducción

El tema aquí tratado tiene su paralelismo con la cuestión (a menudo contestada negativamente) acerca de si ya existe una Constitución o un Estado europeo. Actualmente ya existen elementos estructurales de tipo jurídico de un "Estado constitucional europeo", como se aprecia en la ciudadanía de la Unión, en el derecho europeo de sufragio para las elecciones municipales, en el Defensor del Pueblo europeo y en la jurisprudencia pretoriana "irradiante" de los Tribunales Constitucionales europeos (el TEDH y el TJUE). Los Estados de la UE ya no son "extranjeros" entre sí.

### I. El espacio público. El espacio público del Estado constitucional

1. Sobre la base de la profundización teórica del concepto de "lo público" (R. SMEND, K. HESSE, J. HABERMAS) y en el contexto de mi tesis sobre la "Constitución como proceso público" (1969), y en relación con el Derecho constitucional positivo de la Ley Fundamental de Bonn, debe distinguirse entre lo público parlamentario, lo público gubernamental, lo público administrativo y lo público judicial. De ahí se desprenden tesis como la del "espacio público como levadura de la democracia" (G. HEINEMANN) o la del espacio público como "manantial de nuestra democracia" (M. WALSER) para entender la estructura pluralista de lo público en el Estado

---

32. Sobre esto véase mi contribución "Die Freiheit der Kunst im Verfassungstaat", *AöR* 110 (1985), pp. 577 (590 y ss.); *Id.*, "Die Freiheit der Kunst in kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht", en *Kunst und Recht im In- und Ausland*, 1994, pp. 37 y ss. Entre las aportaciones aparecidas en la prensa merecería destacarse la de RÜTTIGER, J., "Kunststück Zukunft. Anders als H. M. Enzensberger meint, ist Kultur für die Politik keineswegs 'Schaumgebäck'. Immer wieder bahnten Künstler neuen Ideen den Weg", en *Die Zeit* N.º 12 (14-III-1997), pp. 62.

constitucional, que se corresponde con un concepto pluralista del bien común.

2. El Estado constitucional se caracteriza por poseer la "triada republicana", contando con los campos de lo "estatal", lo "público-social" y lo "privado" o libertad privada, sin perjuicio de la existencia de numerosas interferencias entre ellas y de la garantía de las "libertades públicas" (por ejemplo, la Constitución española).

3. "Lo público" es un concepto espacial (el ámbito de los partidos, los sindicatos, las asociaciones, las iglesias, los medios de comunicación, etc.) pero también es un concepto valorativo: así parece deducirse de la serie de valores fundamentales "*res publica/salus publica/res populi*/libertad pública" que remiten en última instancia a Cicerón, a la época clásica de Weimar, al Idealismo alemán o a las vísperas de la Revolución de 1848. Sobre esta base aparecen en nuestra perspectiva las dimensiones culturales del Estado constitucional y las libertades culturales de sus ciudadanos y el desarrollo científico-cultural de la Teoría constitucional producido desde 1979.

4. Los déficits y peligros del espacio público son notorios: de un lado, el aparente espacio público de ciertos *Talkshows* y de otro lado, el nuevo economicismo, el materialismo postmarxista con su absolutización del "mercado" exigen de un Estado constitucional basado en una concepción idealista u optimista del espacio público el establecimiento de condiciones estructurales (por ejemplo, en materia de disciplina de los medios de comunicación, estructuración pluralista de los medios de masas y establecimiento de limitaciones en interés de valores culturales compartidos por toda Europa como la protección de la juventud, la prohibición de la violencia, o también el establecimiento de cuotas de pantalla).

## II. El espacio público europeo. Oportunidad de desarrollo, condiciones de crecimiento, déficits, peligros y limitaciones

1. Sobre la base de la existencia de una base relativamente segura cual es el espacio público-constitucional de las diferentes naciones, cabría preguntarse por un "espacio público europeo". El mismo estaría desafiado por una parte, por la presencia de un espacio público mundial y la sociedad global de la información y, por otra, por los Estados Unidos y su mercado.

2. Un análisis sectorial europeo preciso muestra que ciertos artículos del TCEE, en parte presuponen un espacio público europeo y en parte contribuyen a crearlo: art. 138 A, 138 E142, 143, 188 C.4. Por su parte, los

artículos A (proximidad a los ciudadanos) y F (principios democráticos, derechos humanos) del TUE también afectan al espacio público. También es provechoso a estos efectos el estudio del Derecho Europeo en sentido amplio (CEDH, Convenio cultural europeo).

3. Este espacio público que nos ofrecen los textos ¿se corresponde con una realidad? Existe aún un gran déficit en este sentido, sobre todo, en el campo de la política. El Parlamento europeo avanza lentamente en la toma de conciencia de la publicidad democrática; el debate sobre el Euro comienza tarde, sobre todo desde Francia, y eso partiendo de consideraciones económicas. En este caso aparece "Europa" en primer plano a partir de la economía; sin embargo, lo que Europa ha llegado a ser y lo que aún puede llegar a ser, se debe a su cultura, a su patrimonio cultural y a su futuro cultural que se nutren de la variedad local, regional y nacional. En Europa existe ya un espacio público cultural y es a partir de éste como Europa debe constituirse y desarrollarse.

4. Sólo de un modo complementario Europa se constituye también sobre la política y la economía, y ello ante todo cuando ambas cuajan en principios jurídicos comunes para toda Europa. Que el espacio público europeo se constituye fundamentalmente a partir de la cultura es algo que queda claramente de manifiesto en los clásicos europeos de todas las ciencias y artes. Maestros europeos desde Tomás de Aquino o los reformadores hasta los teóricos del Estado como J. LOCKE, MONTESQUIEU o ROUSSEAU han dejado su impronta eficazmente hasta hoy mismo en la historia cultural europea.

5. En el arte se aprecia esto mismo a través de las épocas "doradas" o "magnas" en las que, con contribuciones periódicas, casi todas las Naciones europeas presentaron lo mejor de sí mismas al "público", en un modo de "concierto doméstico europeo" (Grecia, Roma, España, Holanda, Francia, Alemania, Italia generalmente). La "Alemania europea" (T. Mann) es una alusión a la Alemania cultural, lo mismo que la "Polonia europea" (desde Chopin a la ciudad de Cracovia). Este "patrimonio cultural de significación europea" (art. 128.1 TCEE) constituye el espacio público europeo y al mismo tiempo también su "identidad nacional" (art. F.1 TUE). G. Grass y J. Becker son clásicos no sólo nacionales, sino también europeos, y lo mismo podría decirse de Fellini o de Truffaut.

6. En este momento algunas actividades ponen de manifiesto lo que es Europa. Es el caso de la "capitalidad cultural europea" o de ciertos procesos bilaterales como el "traslado" ya concertado del Museo Capodimonte de Nápoles a Bonn o la exposición "*Grand Tour*" celebrada en Roma 1997) que documenta cómo la Europa cultural se educó en Italia desde el siglo

XVIII. La emisora "Arte" tiene el gran mérito de ser el foro de la opinión pública cultural mediática de Europa, como se puede apreciar simplemente con el análisis de la programación de una sola semana (en marzo de 1997).

7. Los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales europeos en todas sus variantes nacionales, pertenecen a la *valentior pars* del espacio público cultural europeo. Desde hace ya tiempo se ha re-establecido una "ciencia jurídica europea" que se pone de manifiesto en la frase "de Bolonia a Bruselas" (H. Coing) así como en el espacio jurídico-público que revelan los encuentros de juristas europeos, en la creciente práctica de la comparación jurídica o en los programas de estudiantes como "Erasmus", "Tempus" o "Sócrates".

8. La preeminencia, hoy alentada, de lo puramente económico pone en peligro esta Europa de la historia cultural. Europa resulta vivificada desde la "patria chica", desde las unidades menores, por la "Europa de las regiones", jurídicamente presente en el Comité de las Regiones (arts. 198 A-C TCEE) así como en cada una de las regiones europeas desde el Tirol a la región del río Eger o a la de Basilea y en las fórmulas de cooperación transfronteriza (por ejemplo, entre Borgoña y Renania-Palatinado), lo cual también constituye un seguro para Europa frente a la uniformidad global. La "patria" chica (*Heimat*) ha llegado así a ser el título de una película europea, lo que no deja de ser estimulante; cuando E. Reitz recientemente habló de la supresión de las subvenciones estatales al cine, los juristas tendríamos que sentirnos obligados a reflexionar.

9. La política sólo muy limitadamente crea un espacio público europeo. Efectivamente, establece (a veces, tarde) temas y propuestas que podrían desarrollarse y convertirse en elementos jurídicos de un Estado constitucional europeo: protección de las minorías y de grupos étnicos, "unión del medio ambiente", "Carta social". Sin embargo, en los Balcanes el "espacio público constitucional europeo" ciertamente fracasó (aquí fue necesaria la intervención de los EE.UU.).

## PERSPECTIVAS

En el proceso de constitucionalización de Europa la presencia de un espacio público es absolutamente imprescindible. Este espacio público sólo es hoy operativo en algunos sectores. El espacio público cultural de Europa es tan multiforme como vivo y sólidamente enraizado. El espacio público constitucional europeo, en parte ya vigorosamente moldeado, puede ser aprehendido en diversos procedimientos e instituciones del Derecho eu-

ropeo (entendido en sentido estricto o amplio). Europa como “comunidad de Derecho” es pública en la medida en que lo sean la elaboración, investigación y desarrollo del mismo. Europa como “comunidad de Cultura” se determina en última instancia por encima de los límites espaciales del concepto abierto de Europa (con los casos problemáticos de Turquía y de Rusia).

RECIENTES DESARROLLOS SOBRE DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN ALEMANIA\*

## INTRODUCCIÓN

El tema que vamos aquí a tratar tiene una vasta extensión. Pues en ningún otro de los terrenos del Derecho constitucional han trabajado la literatura y la jurisprudencia, durante la vigencia de la *Grundgesetz* (GG), de forma tan extensiva e intensiva. No sólo de forma irónica podría caracterizarse la doctrina jurídico-pública alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial como "ciencia de los derechos fundamentales". Y también el Tribunal Federal Constitucional ha adquirido su prestigio, que rebasa las fronteras de Alemania, muy especialmente gracias a sus decisiones pioneras en materia de derechos fundamentales. En este sentido merecen citarse, entre otras, la sentencia en el caso "Lüth", relativa al efecto indirecto sobre terceros (E 7, 198); la sentencia sobre farmacias, en relación con la libertad para el acceso y el ejercicio de profesión (E 7, 377); el caso del "tabaco" sobre la confianza en la publicidad (E 12, 1); la decisión sobre interdicción de pluralidad de sanciones a los Testigos de Jehová (E 23, 191); el acuerdo

---

\* Publicado en *Derechos y Libertades*, Madrid, N.º 1, 1993. Traducción del alemán de Luciano Parejo Alfonso.

sobre matrimonio e imposición fiscal (E 6, 55); las, al día de hoy, seis sentencias sobre televisión (comenzando con E 12, 205, E 83, 238); la primera de las sentencias sobre escuelas superiores (E 43, 242); la sentencia sobre el "Dique de Hamburgo", en relación con el artículo 14 GG (E 24, 367); y, en época más reciente, la sentencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa (E 65, 1). Son legión las decisiones sobre tutela judicial efectiva (art. 19, apdo. 4 GG), así como sobre el principio de igualdad, como interdicción de la arbitrariedad (art. 3, apdo. 1 GG) y cabría interrogarse críticamente por qué los derechos fundamentales de los alemanes han llegado a ser bien supremo e "hijo predilecto". Una de las causas radica en el rechazo del régimen totalitario de la época nacionalsocialista que en ello se manifiesta, otra causa podría encontrarse, sin embargo, en una apuesta desproporcionadamente fuerte y casi impolítica por los derechos fundamentales y el Estado de Derecho (y no tanto por la democracia y por el proceso político de convivencia en libertad).

En todo ello quedará puesto de manifiesto que ha sido y continúa siendo gracias a las discusiones de principio de la época weimariana, como la literatura y la jurisprudencia alemanas han podido ir construyendo a partir de 1945: las doctrinas de un M. WOLFF y E. KAUFMANN sobre la concepción institucional de los derechos fundamentales (la posterior doctrina de C. SCHMITT de las garantías institucionales y de los institutos jurídicos también es conocida fuera de Alemania), el entendimiento de los derechos fundamentales orientado valorativamente de un Rudolf SMEND, y también A. HANSEL, que condujo a la posterior interpretación global y armonizadora de la Constitución de un U. SCHEUNER y a la "concordancia práctica" de K. HESSE y también del Tribunal Federal Constitucional<sup>1</sup>.

En formulación más rotunda: todos nosotros vivimos hoy en Alemania en gran medida de "Weimar", cabalgamos en calidad de epígonos "sobre los hombros de gigantes" y, por ello, estamos en condiciones de ver algo más hacia adelante que éstos. Sólo un tiempo posterior podrá proporcionar la perspectiva para reconocer con claridad si bajo la GG se han logrado y logran conquistas pioneras comparables. Así pues, precisamente la convul-

---

1. Véase WOLFF, M.: *Reichsverfassung und Eigentum Festgabe für Kahl*, 1923, pp. 3 y ss.; KAUFMANN, E.: *WDSiRL 44* (1928), pp. 77 y ss. (coloquio); C. SCHMITT: *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, 1931; R. Smend: "Das Recht der freien Meinungsäußerung", *WDSiRL 4* (1928), pp. 44 y ss.; HENSEL, A.: "Grundrechte und Rechtsprechung", en *Die Rechtsgerichts-praxis im deutschen Rechtsleben, Bd. I*, 1929, pp. 1 y ss.; SCHEUNER, U.: "Pressefreiheit", *WDSiRL 22* (1965), pp. 1 y ss.; HESSE, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 18 ed., 1991, pp. 19 y ss. y 117 y ss.

sionada Weimar ha preparada conceptualmente la literatura y la jurisprudencia sobre derechos fundamentales productora de paz y de integración: la doctrina iuspublicista, según mi punto de vista, debe producir "política científica de aprovisionamiento", desarrollar ofertas teoréticas, elaborar alternativas que luego deben ser articuladas y compuestas por otros, preferentemente los Tribunales Constitucionales (también mediante votos particulares), en una suerte "integración pragmática de elementos teoréticos". El Tribunal Federal Constitucional ha cumplido esta tarea hasta ahora de forma ejemplar, si bien la fuerza para las "decisiones pioneras" y la colocación de hitos importantes, se desplegó en los primeros años de su funcionamiento.

En nuestros días ha comenzado ya hace tiempo una nueva y diferente fase. Ya no es tanto la mirada hacia atrás sobre los textos clásicos de Weimar la que puede ayudar a abrir camino (es decir, la comparación jurídica en el *tiempo*), ya tiene tanta demanda la actualización de la historia de los derechos fundamentales; hoy, como nunca antes, está a la orden del día de la interpretación y de la política de los derechos fundamentales la comparación jurídica en el *espacio* (la mirada por sobre las fronteras). Lo dicho refleja, por lo pronto, en la creciente importancia de los Tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo, que interpretan el Convenio Europeo de Derechos Humanos, e incluso, han avanzado hasta la concepción de los derechos fundamentales como "principios jurídicos generales" de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Esto conduce a una "europeización" de los *Tribunales Constitucionales nacionales*. Pues éstos deben proceder comparativamente también en la aplicación de derechos fundamentales internos. Ya existen ejemplos en lo que hace al Tribunal Federal Constitucional alemán<sup>2</sup>. Se dibuja así el camino hacia el comparatismo jurídico como *quinto* método interpretativo desde SAVIGNY. La ciencia jurídica de los derechos fundamentales, trabajando comparatistamente, debería ser "guardián preventivo y "guardián *a posteriori*", en el sentido del *agmen novissimum* de Roma. Estamos al comienzo de una época de *europeización*, por todo lo alto, de las *doctrinas iuspublicistas nacionales*. Si la expresión "de Bolonia a Bruselas" (H. COING) puede parecer demasiado atrevida, en el horizonte se dibujan ya hoy en todo caso los perfiles de un "Derecho Constitucional europeo común"<sup>3</sup>. En

2. A este respecto, HÄBERLE, P.: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*. 3.<sup>a</sup> ed., 1983, pp. 407 y ss.

3. A este respecto, de manera programática, HÄBERLE, P.: *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ, 1991, pp. 261 y ss.

el terreno de la “política de los derechos fundamentales” —un concepto que yo propuse por primera vez en 1971<sup>4</sup>—, ha de procederse igualmente de forma comparatista, y en él hace ya tiempo se trabajó comparatistamente; hoy existe una sociedad europea e, incluso, mundial de producción y recepción en materia de derechos humanos y fundamentales. Esto es comprobable en la formación de las nuevas Constituciones en el Este y el Oeste, en el Norte y el Sur, incluyendo los países en desarrollo (por ejemplo, Perú y Guatemala) y los países pequeños (tempranamente en los Cantones suizos, hoy en Eslovenia y Croacia), así como en los Miniestados. Los constituyentes copian, en el buen sentido de la palabra, unos de otros, y con ello hacen progresar literalmente los derechos fundamentales, es decir, incorporan al mismo tiempo en sus textos la realidad de los derechos fundamentales. Esto es lo quiere significar el “paradigma del escalonamiento de textos”<sup>5</sup>.

Volvamos a Alemania e Italia, cuya *Corte Costituzionale* merece y encuentra creciente atención. En el contexto de la historia constitucional europea existe desde luego mucho intercambio informal y es presumible que los jueces constitucionales alemanes e italianos que trabajan hace tiempo en común mucho más de los que se expresa verbal-textualmente y metodológicamente en las decisiones. “Prejuicio y elección del método” en el sentido de J. ESSER, se hacen comunes europeos e invitaciones honrosas como la que da lugar a la reunión de hoy en Turín, que agradezco, contribuyen a ello. La generación más importante de Profesores de Derecho público italiano lee —y cita— intensivamente la evolución alemana de los derechos fundamentales —menciono aquí únicamente a los presidentes A. CORASANITI, A. BALDASSARE y G. ZAGREBELSKY, así como P. RIDOLA—, y nosotros los alemanes debemos preocuparnos, por nuestra parte, de seguir la literatura italiana y dejar de citar sólo a *Dante* y *Pasolini*, leer a clásicos como C. MORTATI y ESPOSITO y, por lo demás, disfrutar atentamente las nuevas ideas constitucionales del jefe de Estado Cossiga.

---

4. “Grundrechte im Leistungsstaat”, WStRL 30 (1972), pp. 43 (103 y ss.).

5. En este sentido, HÄBERLE, P.: *Textstufen als Entwicklungsweg des Verfassungsstaates*, FS Patsch, 1989, pp. 555 y ss.

## PRIMERA PARTE: ELEMENTOS DE UN ESTADO DE SITUACIÓN

### I. TEORÍAS Y CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES – RECEPCIONES DE LA ÉPOCA DE WEIMAR–: INNOVACIONES BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY FUNDAMENTAL

La doctrina iuspublicista alemana lucha con gusto en Weimar, como hoy también, por teorías de los derechos fundamentales, sobre todo por teorías *generales*, lo que quizá sea una herencia de la filosofía alemana y del “querer-ser-principal”, en su caso, de la “obsesión por la sistematización” que se nos imputa. Mucho ha sido recibido de Weimar – la “teoría jurídico-pública” como literatura” se transformó en jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional –, algo se renueva y se desarrolla. La “clasificación” de las distintas teorías de los derechos fundamentales es querida hasta el punto de la dislocación en diferentes mundos de lo que se pertenece recíprocamente y la descomposición analítica en el generalizado “pensamiento por compartimentos”. Para una primera orientación puede ser de gran ayuda, sin embargo, una clasificación.

#### 1.1 La concepción clásica, también llamada liberal, de los derechos fundamentales

La concepción clásica, conocida como liberal, de los derechos fundamentales coloca el acento en el *status negativus*, en el sentido de G. JELLINEK: los derechos fundamentales primariamente como derechos reaccionales, libertad *frente a y contra* el Estado. Los conceptos claves son: la pretensión negativa de libertad del Estado. Esto está conectado con la vieja idea liberal del Estado (en el sentido, por ejemplo, de W. VON HUMBOLDT), no la de “la libertad natural de acción” preexistente al Estado propia del *Vormärz* de 1848, ¡cómo si toda libertad no fuera una libertad *cultural* y no precisara de principio la configuración jurídica! Esta doctrina está adquiriendo nuevo auge recientemente, al igual que, por lo demás, las distintas teorías de los derechos fundamentales parecen estar sometidas a la ley del “movimiento de las olas”; imagen que no pretende ser negativa.

## 1.2 La teoría del “doble carácter” de los derechos fundamentales – vertientes jurídico-subjetiva y jurídico-objetiva–: el pensamiento sistémico valorativo

La doctrina del doble carácter tiene igualmente en Weimar su fase conceptual preparatoria que fue desarrollada por K HESSE y por mí<sup>6</sup>, y quiere decir lo siguiente: los derechos fundamentales son *no sólo* derechos individuales subjetivos de cada uno y de los grupos, protegen también relaciones objetivas, complejos normativos contruidos por el Derecho ordinario; ello es fácilmente visible en la propiedad privada, en las normas del Derecho público y privado de asociación, en el matrimonio y la familia; pero también en el derecho de reunión, que precisa de un “régimen” jurídico, e incluso, en la libertad religiosa, respecto de la que, por ejemplo, es preciso prefigurar la “mayoría de edad religiosa”; y en el Derecho eclesiástico del Estado alemán, las iglesias y las sociedades religiosas son objeto de especial protección, apoyo y promoción. La visión unidimensional individuo/Estado es notoriamente insuficiente; los derechos fundamentales son y operan en el plano objetivo y transpersonal, por ejemplo, como fines estatales, mandatos constitucionales y principios para el desarrollo legislativo; baste pensar, por ejemplo, en la libertad de enseñanza y en los derechos medioambientales, así como en la libertad informativa en la radio y en la televisión. A este tipo de reflexiones pertenece la visión de los derechos fundamentales orientada valorativamente de un G. DÜRIG: los derechos fundamentales como “sistema de valores”; en último término, debe estimarse claramente alimentada por el pensamiento valorativo de un M. SCHELER y N. HARTMANN, así como motivado también por la doctrina social católica. No puede olvidarse a este propósito que el pensamiento valorativo ha sido despreciado como filosóficamente *naïf* (así por E. FORSTHOFF); pero en los primeros tiempos del Tribunal Federal Constitucional operó literalmente como “cohete de impulso”; hoy contamos con una jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional que reposa *sobre sí misma*, de tal suerte que las premisas filosóficas han pasado a un segundo plano (pionera BVerfGE 6, 55; art. 6, apdo. 1 GG como “derecho fundamental clásico”, “garantía de instituto” y “norma de principio”, es decir “decisión valorativa vinculante” para el conjunto del ámbito del matrimonio y la familia).

---

6. HESSE, K.: *Grundsätze des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, (1.<sup>a</sup> ed., 1966), 18.<sup>a</sup> ed., 1991, pp. 118 y ss.; HÄBERLE, P.: *Die Wesensgehaltsgarantie des Art 19 Abs. 2 GG* (1.<sup>a</sup> ed., 1962, pp. 70 y ss.), 3.<sup>a</sup> ed., 1983, pp. 70 y ss., y 332 y ss.

### 1.3 La concepción “democrática” de los derechos fundamentales (los derechos fundamentales como “fundamento funcional” de la democracia)

La doctrina de los derechos fundamentales como “fundamento funcional” de la democracia<sup>7</sup> significa lo siguiente: los derechos fundamentales tienen una vertiente privada y altamente personal y una vertiente público-democrática. Las libertades de opinión y prensa, y también, en un sentido más profundo, las libertades científica y artística constituyen el presupuesto de una democracia que funcione. Aunque la libertad de opinión sea “el aire vital necesario” del individuo (R. SMEND), crea la base para el proceso vital global del pluralismo en libertad, sin el que una democracia no puede existir. Todos los derechos fundamentales tienen un ámbito nuclear más próximo o más lejano de vinculación con la democracia, también la libertad para la propiedad: la libertad económica es presupuesto de la libertad política, como ha enseñado —en calidad de contrapunto— el marxismo-leninismo. Precisamente, la retirada a zonas privadas objeto de protección reabre de nuevo, en último término, el camino a la libertad pública, democrática. Es cierto que esto significa el abandono de una comprensión privativa de la libertad. De otro lado, debe quedar claro que existe también la libertad “sin mí”. En sentido contrario, son posibles limitaciones de la libertad en beneficio de la vertiente democrática de los derechos fundamentales. Allí donde la libertad económica pone en peligro el poder y la apertura del proceso democrático de formación de la voluntad (monopolios, cárteles, caso Flick!), allí es posible contrarrestar ese peligro (leyes de cárteles contra el abuso del poder económico, ley sobre fusiones en la prensa, entre otros supuestos).

Pensando en los fundamentos de la comunidad política, todo ello significa: la dignidad de la persona (art. 1, apdo. 1 GG), base de todas las libertades individuales y premisa cultural-antropológica del Estado constitucional, tiene como consecuencia la democracia en libertad (art. 20 GG). Formulado de otra forma: la dignidad de la persona no puede ya continuar siendo entendida de forma exclusivamente “apolítica”. Los artículos 1 y 20 GG deben ser llevados a *un* punto, deben ser explicados desde *un* punto. Los derechos humanos son también “derechos del pueblo”, en un sentido más profundo y filosófico-jurídico aún no plenamente elaborado por la teoría de los derechos fundamentales, constitucional y del Estado<sup>8</sup>.

7. HÄBERLE, P.: *Wesensgehaltgarantie*, 1.ª ed., 1962, pp. 17 y ss.; 3.ª ed. 1983, pp. 3356 y ss.

8. En este sentido, HÄBERLE, P.: *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, *HdBStR*, T. I, 1987, pp. 815 y ss.

Indudablemente: el hombre no vive sólo de democracia, sus libertades no deben ser instrumentalizadas exclusivamente al servicio de la democracia. Pero ellas tienen, desde luego, *también* la función democrática descrita.

#### 1.4 Los derechos fundamentales como derechos de participación: la concepción de dichos derechos como prestaciones estatales

La reunión de Profesores de Derecho del Estado, celebrada en Regensburg en 1971<sup>9</sup>, ha sensibilizado la conciencia de la cuestión de “los derechos fundamentales en el Estado prestacional” y colocado un cierto acento en la historia de la teoría. Desde entonces se discute el problema de “los derechos fundamentales como derechos de participación”. La idea directriz es la comprobación de que los derechos fundamentales tienen presupuestos *reales*, respecto de los cuales el Estado constitucional ha de realizar contribuciones. Son conceptos-guía: la realidad de los derechos fundamentales, el cumplimiento efectivo de éstos, la comprobación de los derechos fundamentales desde el principio del Estado social, las libertades sociales. El estado constitucional debe responsabilizarse de que los derechos fundamentales puedan llegar a ser ejercidos *realmente por muchos* y no sólo por unos pocos privilegiados. Así, la ayuda social asegura el mínimo económico existencial de todas las otras libertades, también de las políticas (BVerwGE 1, 159); de esta forma, la financiación de las escuelas privadas por el Estado es realización efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de la enseñanza (BVerwGE 27, 360), la seguridad social —desde Bismarck hasta la “renta dinámica de Adenauer —es materialización de la libertad de acceso y ejercicio de la profesión, el mandato constitucional dirigido al Estado de poner plazas de estudio a disposición de los estudiantes, significa cumplimiento *real* de la libertad de enseñanza según el artículo 12/5, apdo. 3, en relación con el artículo 20/3 GG (véase la decisión BVerwGE 33, 303). Es cierto que las pretensiones estatales se entienden bajo “la reserva de lo posible”, pero igualmente lo es que los derechos fundamentales también deben serlo bajo “la exigencia de lo real”.

La “vertiente prestacional” es sólo *una* de las dimensiones de los derechos fundamentales, que, sobre todo, no debe convertirse en una estatalidad total del bienestar. Los derechos fundamentales no deben de-

---

9. Grundrechte im Leistungsstaat, WDSIRL 30, 1972, pp. 7 y ss., y también 43 y ss.

generar en deberes fundamentales. Pero en esta delimitación, la dimensión estatal prestacional resulta imprescindible para la comprensión moderna de los derechos fundamentales. Ello se confirma, por lo demás, en el análisis comparatista de los textos. Muchos de los derechos fundamentales clásicos encuentran hoy a su lado, el momento del Estado prestacional, cuando menos bajo la forma de fines estatales o encomiendas constitucionales o legales: la inviolabilidad del domicilio aparece envuelta por el mandato de responsabilidad estatal en la vivienda (véase el art. 22, apartado 3, de la Constitución de los Países Bajos de 1983); lo mismo vale para la protección de la vida y la salud, para la seguridad social, por ejemplo en las Constituciones cantonales suizas de los años ochenta, como las de Aargau y Basel-Landschaft<sup>10</sup>. El Pacto de derechos humanos para los derechos económicos, sociales y culturales (1966), la Carta social europea (1961), contienen también momentos prestacionales. Y, sobre todo, las Constituciones hoy en curso de aprobación en los cinco nuevos Länder en Alemania del Este, expresan una fuerte necesidad de justicia en el sentido de derechos fundamentales en cuanto fines del Estado.

*Incursus:* El *status activus processualis* (protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento), deberes de protección del Estado.

Gracias al campo de problemas que evoca la expresión “derechos fundamentales en el Estado prestacional”, se desarrolló en 1971 la idea del *status activus processualis*<sup>11</sup>. Esto significa: los derechos fundamentales deben ser garantizados hoy también desde la *vertiente procesal*. Esto es especialmente visible desde la distinción de una protección de los derechos fundamentales en sentido estricto y en sentido amplio. En sentido estricto, la protección se consigue mediante audiencia jurídica y tutela judicial efectiva; en sentido amplio, a través de otros instrumentos, como, por ejemplo, el Comisionado de los ciudadanos, el Comisionado para la mujer, las Comisiones de petición, etc... A menudo, la tutela judicial llega demasiado tarde, por lo que se requiere un *preprocedimiento* garantizador de los derechos fundamentales; así, por ejemplo, en el Derecho administrativo. Pero los “intereses de los derechos fundamentales” en sentido amplio, pueden ser protegidos específicamente a través de procedimientos no judiciales. Precisamente, las nuevas Constituciones del estado actual de desarrollo del

---

10. En este sentido, HÄBERLE, P.: *Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz*, JÖR 34 (1985), pp. 303 y ss.

11. HÄBERLE, P.: *VVDStRL*, T. 30, 1972, pp. 86 y ss., 121 y ss.

Estado constitucional son, en este punto, enormemente creativas: de Perú a Guatemala, de Estonia a Polonia y Rumania, de Mecklenburg-Vorpommern hasta Sachsen, en todos lados los constituyentes buscan proteger de forma complementaria al ciudadano a través de Comisionados especiales. En mi opinión, todo ello puede ser subsumido en el concepto *status activus processualis*. En este contexto, debería buscarse la conexión con la doctrina clásica del *status* de G. JELLINEK: se haría evolucionar ésta, así, de manera acorde con los tiempos. De vez en cuando hay que sustraer la teoría de los derechos fundamentales a la sombra de los Grandes, asumir su "luz" y convertirse de posglosador en, cuando menos, "glosador". La doctrina del *status activus processualis* es un ensayo en tal sentido de la teoría alemana de los derechos fundamentales. La idea de la "protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento" ha logrado consolidarse entre tanto<sup>12</sup>. A ella se ha añadido el pensamiento de que en los derechos fundamentales se incluyen "deberes de protección" del Estado [a partir de *BVerfGE* 39, 1 (42 y ss.)]. También esto es una "composición" estatal-prestacional o jurídico-prestacional y acerca los derechos fundamentales a la idea de las tareas del Estado.

### 1.5 ¿Vuelta a la concepción viejoliberal de los derechos fundamentales?

Recientemente tienden a colocarse en primer plano dos teorías de los derechos fundamentales: de un lado, el concepto de los derechos fundamentales como *principios*<sup>13</sup> resulta próximo, sobre todo desde H. HELLER y J. ESSER, y constituye un valioso complemento de las anteriores teorías de los derechos fundamentales, así como la vuelta a una doctrina viejoliberal, que acentúa, sobre todo, la defensa frente a la intervención<sup>14</sup>. Si bien la doctrina principal podría proporcionar un buen denominador común para las muchas dimensiones de los derechos fundamentales, la recuperación de la teoría viejoliberal de éstos representa un empobrecimiento. En mi opinión, sólo la concepción *pluridimensional* de los derechos fundamentales puede hacer presentes todos los peligros actuales que, desde siempre, acechan a la libertad personal y acreditar los derechos fundamentales como elementos

12. Véase HESSE, K., *Gründzüge*, 18.<sup>a</sup> ed., 1991, pp. , 152 y s.

13. Así, R. ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, 1985; además, mi intervención en: *Der Staat* 26, 1987, pp. 135 y ss. Dominante en Suiza: MÜLLER, J.P.: *Elemente einer Schweizer Grundrechtstheorie*, 1982.

14. Así, LÜBBE-WILFF, G.: *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988.

de justicia. Además, resulta contradicha ya simplemente por los nuevos textos constitucionales. Con carácter general se incorpora a los textos, junto a la jurídico-individual, las vertientes jurídico-objetiva, estatal-prestacional y procesal. La teoría de los derechos fundamentales no debería "recaer" en un estadio anterior al propio de estos textos. Problema distinto es el de la acentuación. Así sigue siendo un interrogante si en Europa del Este, y a la vista de la situación económica, debe, por de pronto, enfatizarse más bien el *status negativus* y *processualis*, restando por ahora "platónica" la faceta estatal prestacional, puesto que no hay nada que "distribuir". Aquí puede existir una cierta "diacronía". De esta manera quizás debería valorarse y desarrollarse la dogmática de los derechos fundamentales, incluso dentro de Europa, de manera flexible y variable; del mismo modo que, en cuanto a los límites de la justiciabilidad constitucional, se dan fases de *judicial activism* y de *judicial restraint* (comprobable en el caso del Tribunal Supremo norteamericano).

## II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN: LA "DOCTRINA PRETORIANA" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal Federal Constitucional alemán, tal como se indicó al principio, ha efectuado extraordinarias contribuciones al desarrollo de los derechos fundamentales de la GG<sup>15</sup>.

Fundamentalmente, gracias al Instituto de la Demanda de Amparo (art. 93, apdo. 1, N.º 4 a, GG) se ha transformado en una suerte de "Tribunal de los derechos fundamentales". Por más que el porcentaje de las demandas que efectivamente prosperan (aproximadamente un 1 por 100), las decisiones que han recaído sobre este tipo de demandas son fundamentales<sup>16</sup>. Ya se mencionaron algunas de las decisiones pioneras y directivas de los años fundacionales. Hoy (1992) se trata ya más bien de desarrollar la filigrana de los derechos fundamentales especiales<sup>17</sup>.

15. Véase la visión de conjunto de HESSE, K.: *Bestand und Bedeutung der Grundrechte*, EuGRZ, 1978, pp. 427 y ss.

16. Sobre esta cuestión en su conjunto, mi *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 431 y ss.

17. La literatura al respecto es inabarcable. Véase, por ejemplo, A. BLECKMANN: "Staatsrecht II", *Die Grundrechte*, 3.ª ed., 1989; STARCK, C.: *GG-Kommentar*, T. I, 3.ª ed., 1985, preámbulo artículo 1 a 5. Insuperables son hoy, como ayer, los comentarios de DÜRIG en: "MAUNZ/DÜRIG/HERZAG", *GG-Kommentar* (arts. 1, 2 y 3), realizado en los años cincuenta y setenta.

Merece aprobación que el Tribunal no se haya vinculado prácticamente a una determinada teoría general de los derechos fundamentales, trabajando de manera atendida al caso, flexible y abierta: esto es especialmente claro en su jurisprudencia relativa a la libertad artística<sup>18</sup>, que cada vez se torna más abierta. El Tribunal ha encontrado su camino, incluso en los asuntos más delicados, como el de la oración escolar (E 52, 223). Son pocas las sentencias cuestionables (es el caso, por ejemplo, de la decisión sobre escuchas: E 30, 1<sup>19</sup>). Es posible la crítica de algunos excesos (así, por ejemplo, por lo que hace al derecho fundamental a la autodeterminación informativa: E 65, 1); en la mayoría de los casos, sin embargo, el Tribunal encuentra refugio en una línea intermedia. Discutida es actualmente la generosa protección otorgada a la libertad de opinión y de prensa a costa de los particulares (E 54, 208 y 147); también las sentencias más recientes sobre televisión están bajo el fuego cruzado de la crítica (E 83, 238).

### III. LA CULTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si uno se hace presente, el trabajo mano a mano de Weimar y Bonn, de la ciencia y la jurisprudencia (también de los otros Tribunales), así como la alta sensibilidad de la opinión pública alemana en materia de derechos fundamentales, es posible hablar de "cultura de los derechos fundamentales". Esta ha crecido a lo largo de muchos decenios, revela simbiosis entre "Derecho de los derechos fundamentales" escrito y no escrito, que hoy comienza a transformarse en un "Derecho común europeo de los derechos fundamentales". Junto al federalismo, quizás sea la cultura de los derechos fundamentales la mejor contribución de Alemania al "concierto" de los Estados constitucionales europeos; así como el Reino Unido ha aportado la democracia parlamentaria, Francia su catálogo de derechos humanos en 1789, los Estados Unidos el Estado federal y la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, e Italia su artículo de los partidos políticos (49), las formas del regionalismo y su artículo 3 (Constitución italiana) en cuanto "voz" o "nota" genuinas a la gramática del Estado constitucional. Aun cuando entre nosotros se incurra en algunas ocasiones en exageraciones; aun cuando el francés DE GAULLE —a la vista del inminente procesamiento de J.P. SARTRE—

18. *BverfGE* 30, 173; 36, 321; 75, 369; 77, 240; 83, 130.

19. A este respecto, véase mi crítica en *JZ* 1971, pp. 145 y ss.; véase también el voto particular *BverfGE* 30, 33, como jurisprudencia alternativa" ejemplar.

haya dicho de forma inimitable: “no se procesa a un Voltaire” (¡también esto es cultura de los derechos fundamentales!), Alemania hoy vive de y en sus derechos fundamentales como en ningún otro período histórico anterior.

*Incursum:* El nacimiento y el desarrollo de nuevos temas y dimensiones de los derechos fundamentales en los nuevos Estados federados de Alemania del Este desde 1990.

En especial: el deseo de Comisionados del pueblo como garantía de los derechos fundamentales en amplio sentido.

En los Estados federados de Alemania del Este, ha surgido en un brevísimo tiempo, una “fábrica” de política de derechos fundamentales: en estos momentos, más de 25 proyectos de Constitución pugnan por establecer textos de derechos fundamentales clásicos y nuevos, un “movimiento constitucional” fascinante, que comienza con el proyecto de la “mesa redonda” central de la todavía República Democrática Alemana de abril de 1990<sup>20</sup>, la cual, de un lado, abre a la ciencia de los derechos fundamentales una ocasión de participación en la configuración, pero, de otro lado, representa también para ésta un reto de primera importancia. Aludamos a algunos ejemplos. No es aún previsible cuáles de los textos van a prosperar finalmente. Desde ahora puede decirse, sin embargo, que los desarrollos en Alemania del Este en materia de derechos fundamentales merecen atención y respeto por parte de la esencia de los derechos fundamentales en toda Europa. Incluso en el plano federal de la GG, debería tomarse nota de estos desarrollos: aun cuando los Länder estén vinculados a la GG en calidad de Constitución-macro, pueden no obstante transmitir “impulsos” hacia arriba. Puede “explorar” la GG hasta sus límites y no debería reaccionarse en Alemania del Oeste de forma demasiado temerosa y renuente frente a todo lo nuevo que viene de los recientes Estados Federados. En el Estado federal tiene lugar un *toma y daca* entre los Länder y el Derecho constitucional federal; la regla “el Derecho federal quiebra el Derecho del Land” (art. 31 GG) es demasiado burda; excluye interacciones más sutiles. De esta manera, el Tribunal Federal Constitucional debería permitir, en las cuestiones aún abiertas de los derechos fundamentales, la infiltración en su interpretación creadora de desarrollos de los derechos fundamentales en Alemania del Este.

Debe diferenciarse entre el desarrollo de nuevas cuestiones y dimensiones (también límites) materiales hasta el extremo de los fines estatales

---

20. Publicada en *JÖR* 39 (1990), pp. 350 y ss.; posteriores proyectos aparecieron publicados en *JÖR* 40 (1991/1992), pp. 291 y ss.

orientados hacia los derechos fundamentales, de un lado, y la tutela procesal intensificada de éstos, por ejemplo, a través de Comisionados del pueblo, de otro lado.

En Alemania del Este florecen como jardines en flor textos de derechos fundamentales. En vanguardia muy destacada están Brandenbur (con su "coalición del semáforo") y Sachsen (con los llamados "proyectos góhricos" y otros proyectos constitucionales); también los otros Länder son innovadores. En todo este proceso se pone de manifiesto que los textos no sólo elaboran la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional y la literatura germano-occidental sobre derechos fundamentales y llaman por su nombre a nuevos peligros de la libertad personal, sino que retoman el Convenio europeo de derechos fundamentales y la jurisprudencia establecida en Estrasburgo y en Luxemburgo y, además, claramente conocen y en algunos casos reciben el desarrollo mundial de los derechos fundamentales. Si con ello, y en el afán de innovación, disparan por encima de la meta y cubren más bien el espectro partidista desde "la izquierda al verde" (desde la perspectiva del Oeste), su fantasía en materia de derechos fundamentales merece respeto.

En concreto: la última versión por el momento en Brandenburg (diciembre 1991) propone un capítulo común titulado "derechos fundamentales y fines del Estado", y avanza notablemente en el artículo 5 (eficacia), cuyo apartado 1 dice literalmente:

"Los derechos fundamentales garantizados en esta Constitución al individuo y a los grupos sociales vinculan, en calidad de Derecho inmediatamente aplicable, al legislador, el poder ejecutivo y la jurisprudencia y, en la medida en que así lo disponga esta Constitución, también a terceros. Los fines del Estado deben ser realizados por los órganos del Estado y tenido en cuenta en la aplicación de la Ley".

De forma nueva —y enteramente en el espíritu de I. KANT— se dice en el artículo 7, apartado 2: "Todos deben a todos el reconocimiento de su dignidad". En el artículo 11 se consigna un derecho, finamente modelado, a la protección de los datos, que la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional asume. En el artículo 12, apartado 3, se obliga al Land a velar, mediante medidas efectivas, por la igualdad de hombre y mujer en la profesión, la vida pública y la formación y la familia, así como en el ámbito de la seguridad social. Nuevo es el capítulo independiente sobre "derechos políticos de configuración" (arts. 21 a 24). En el artículo 26, apartado 2, se reconoce la necesidad de protección de otras "comunidades de vida" (distintas del matrimonio y la familia), establecidas con vocación de permanencia, y, de forma análoga a la de algunos ejemplos de Constituciones de países en desarrollo; en el artículo 35, apartado 3, se dice: "El Land apoya la par-

ticipación en la vida cultural y posibilita el acceso a los bienes culturales". Se encuentran también el derecho a la vivienda y al trabajo (arts. 48 y 49), y el artículo 52, apartado 3, prohíbe "autorizaciones de intervención y autorizaciones desproporcionadas", conectando así en parte con la jurisprudencia federal alemana.

Ahora, una mirada al caso especialmente interesante de Sachsen. Conoce, como casi todos los proyectos, no sólo la protección clásica del "contenido esencial" de los derechos fundamentales, sino también la protección de la vida no nacida (art. 8 a, versión de mayo de 1991). Declara asimismo (también art. 13, apartado 2): "La inviolabilidad de la dignidad es la fuente de todos los derechos fundamentales", con lo que plasma en un texto el estado actual de la ciencia. La libertad de radiodifusión queda obligada a la "verdad" (art. 18, apartado 3), pero también a la pluralidad de opiniones; incluso se encuentra la garantía de la permanencia y el desarrollo de la radiodifusión jurídico-pública; un préstamo del Tribunal Federal Constitucional. Mecklenburg-Vorpommern crea, en su proyecto de octubre de 1990, la protección de "las personas débiles corporal, espiritual o socialmente" (art. 7, apartado 4) e, incluso, una limitación de la libertad de investigación (art. 24, apartado 2): deberes de información y controles en el caso de investigaciones que "estén conectadas con un riesgo para el ser humano o el medioambiente natural". Se desarrolla de manera importante la protección de los fundamentos naturales de la vida (art. 30). Sachsen-Anhalt (segundo proyecto de 1990) establece una "protección de datos con relevancia personal" (art. 12), los principios de una "economía social y obligada por la ecología" (art. 28), y Thüringen, en el artículo 25 de su proyecto de 1990, hace de "la protección del medio ambiente natural", en cuanto fundamento de la vida de las generaciones actuales y futuras, una "obligación del Land, de los Municipios y de todos los ciudadanos".

*En especial:* el deseo de Comisionados del pueblo como garantía, en amplio sentido, de los derechos fundamentales.

Si bien todos los proyectos de Constitución desarrollan intensamente la tutela judicial de los derechos fundamentales a través de los derechos constitucionales y generales, contemplan en la mayoría de los casos, además, un instituto de garantía, en amplio sentido, de dichos derechos fundamentales: el Comisionado de los ciudadanos. Así, el artículo 102 del proyecto de Brandenburg (segunda versión de 1990) crea un Comisionado para la protección de los datos y del de *Melcklenburg-Vorpommern* (art. 59 de 1990) Comisionados del Parlamento del Land para la protección de los derechos humanos y de los ciudadanos: "Abogado de los ciudadanos", "Abogado de los niños", "Abogado de los ancianos", "Comisionado para las cuestiones de la igualdad de hombre y mujer".

Esto tiene razones comprensibles. De un lado, la figura de los *Ombudsmen* se está imponiendo universalmente, desde los países en desarrollo hasta Polonia, Lituania y Estonia. De otro lado, los ciudadanos, tras los años de la dictadura SED, desean estar bien protegidos, y también precisamente por Comisionados del pueblo. Los complicados mecanismos de la tutela clásica de los derechos fundamentales parecen difíciles a los ciudadanos, por lo que su complemento con otros procedimientos y gremios se ofrece pleno de sentido.

Con ello damos por concluido el repaso de los proyectos constitucionales germano-orientales. Aunque en los últimos meses sea apreciable una nivelación y uniformización lamentables de los proyectos, la influencia de los partidos políticos desde el Oeste hacia el Este adeuda aquí un cierto reequilibrio. Sigue siendo reconocible una sorprendente frescura de los textos y mucho valor para la innovación. Merece un juicio positivo la apreciable medida en que los proyectos conocen y elaboran la conexión, a efectos de producción y recepción, entre los textos constitucionales. En conjunto, se nos ofrecen "materiales" para una doctrina constitucional, que desde luego aún está por hacer como ciencia. Especialmente la teoría de los derechos fundamentales queda retada: debe continuar trabajando con el rasero teórico en el que encajan los materiales y, en su caso textos, aun cuando éstos hayan sido condicionados, a su vez, por la teoría.

## SEGUNDA PARTE: LA POSICIÓN PROPIA: UNA CONCEPCIÓN MIXTA Y ABIERTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A lo largo del texto ya ha ido aflorando puntualmente la propia posición, por lo que, en lo que sigue, bastará con exponerla sintéticamente.

### I. INTEGRACIÓN PRAGMÁTICA DE ELEMENTOS TEORÉTICOS (NO A UNA TEORÍA "PURA" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, NO AL "PENSAMIENTO POR CASILLAS")

Debe prevenirse frente a cualquier absolutización de teorías determinadas. Las nuevas teorías deben quizás formularse de forma más radical y comprometida de como realmente son, en cuanto que es irremediable la "exageración" en el concierto de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. A medio plazo, y pensando en los Tribunales, las distintas teorías de los derechos fundamentales tienen su razón *relativa* propia: la

jurídico individual, la jurídico-objetiva, la democrática, la social-prestacional y la procesal. En su relación recíproca, éstas se “mezclan” de manera diversa según la peculiaridad de los específicos derechos fundamentales — la libertad de religión precisa de menor configuración que, por ejemplo, la libertad para la propiedad —; en su conjunto, sin embargo, todas las teorías de los derechos fundamentales realizan una apreciable contribución. Ante todo, hace bien el Tribunal Federal Constitucional al integrar “pragmáticamente”, citándolas o no, las distintas teorías, de forma acorde con el mandato de pluralismo y su tarea de generación de unidad. Pues también las teorías representan determinados valores fundamentales en el cuadro pluralista de conjunto, formulan —en el sentido del concepto popperiano— verdades “relativas”, están sujetas al procedimiento de “*trial and error*”, incluso también a una evolución en el tiempo. Problemático es sólo “pensamiento por casillas”: fragmenta lo que se pertenece recíprocamente, los disgrega analíticamente y oculta así que todas las teorías son ensayos de aproximación al microcosmos de un derecho fundamental individual y sólo de forma conjunta pueden cubrir todas las facetas.

## II. LA MÁXIMA DEL “DESARROLLO DE LA EFICACIA ASEGURADORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES” AL SERVICIO DE UN PENSAMIENTO DE PROTECCIÓN PERSONAL: LA APERTURA DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CUANTO A TEMAS Y DIMENSIONES

Toda *política* de los derechos fundamentales en la mano del poder constituyente y toda interpretación de los derechos fundamentales en la de los intérpretes de éstos, debería orientarse por la máxima del “desarrollo de la eficacia aseguradora de los derechos fundamentales”: ésta se legitima desde el pensamiento de la protección de la persona<sup>21</sup>. Sobre la base de la dignidad de la persona todos están llamados a enfrentarse de manera sensible e imaginativa a los peligros actuales en cada momento de la libertad humana. De esta forma, y en tanto que funciones “pretorianas”, la política, la dogmática y la jurisprudencia, nunca alcanzan su meta; antes al contrario, están en permanente desarrollo: así lo demuestran la dinámica y la apertura del desarrollo textual e interpretativo de los derechos fundamentales en Europa y fuera de ella. *Los temas* de los derechos fundamentales

---

21. A este respecto, ya en mi contribución en *Regensburg: WDSfRL 30, 1972*, pp. 43 (69 y ss.).

son abiertos, es decir, siempre surgen temas nuevos, tales como la protección del medioambiente y la protección de datos; *las dimensiones* deben ser concebidas en el espíritu de un *numerus apertus*: ello quiere decir que, en caso de "necesidad" de los hombres, deben añadirse nuevas dimensiones de los derechos fundamentales; en último término, por ejemplo, la idea de la protección de dichos derechos a través de "organización y procedimiento". Pero, quizá, también surgen vinculaciones inesperadas: nuevos deberes fundamentales y límites a la libertad de los individuos a la vista de la solidaridad sobre el peculiar "planeta azul" Tierra, la cual nos obliga, de palabra y obra, a un ayuntamiento (la cuestión del medioambiente, los problemas del tercer mundo). Aquí podría estar llamada a jugar un papel una nueva ética de los derechos fundamentales, que requiere responsabilidad allí donde hoy, en su caso, rige demasiada (permisiva) libertad.

### III. FINES DEL ESTADO ORIENTADOS POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, COMO TEMA DEL DESARROLLO CONSTITUCIONAL UNIVERSAL: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO "TAREAS DEL ESTADO"

Si se examinan los nuevos textos de derechos fundamentales, también en Europa del Este y en los nuevos Estados federados alemanes no puede dejar de apreciarse un incremento, incluso una "inflación" de los fines del Estado. Con toda evidencia, el Estado no sólo debe ser organizado, debe también *legitimarse* desde sus propios fines. Ya "1789" definió el "fin último" de manera insuperable (art. 2: "el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos humanos naturales e inalienables. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia contra la opresión"). Puede y debe progresarse en el pensamiento sobre los temas, por ejemplo, en relación con el trabajo y al medioambiente y extenderlos en el tiempo (protección de generaciones futuras, extensión a la dimensión temporal del contrato social en tanto que contrato generacional); pero el artículo 2 permanece como el texto clásico del Estado constitucional. Sobre ello, legitima también, ya en su planteamiento, la conexión entre tareas del Estado y derechos fundamentales. Los nuevos textos expresivos de tareas estatales de las más recientes Constituciones<sup>22</sup> tienen

22. A este respecto, mi análisis de textos; *Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre*, AöR 111, 1986, pp. 595 y ss.

importantes elementos relacionados con los derechos fundamentales, puesto que todo no puede ser derecho realizable judicialmente, pero si todo circula alrededor del hombre. El "sujeto" sigue siendo el punto arquimédico del estado constitucional; no podemos ni queremos retroceder a un tiempo anterior a KANT. Incluso el antropocentrismo limitado, la atención a la naturaleza y el medio ambiente — como cultura — sucede en último término en función de ese sujeto. Con GOETHE cabe ser escéptico acerca de si el hombre puede aún estimarse a sí mismo. Para el jurista, ello no puede ponerse en cuestión, a la vista de sistemas totalitarios siempre amenazantes de forma latente.

## FINAL Y RECAPITULACIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ALEMANIA UNIFICADA (DÉFICIT Y POSIBILIDADES)

El esquema hasta aquí trazado ha debido trabajar "al fresco": muchas cosas sólo han podido ser simplemente aludidas. Pero quizás ha sido posible dividir en algún momento la mirada hacia el panorama completo del desarrollo alemán de los derechos fundamentales. Los déficits y los restos de la protección de los derechos fundamentales en la Alemania unificada de hoy, deben ser mencionados por su nombre: falta personal para los Tribunales y la Administración, falta conciencia y mentalidad de derechos fundamentales: los derechos fundamentales, al igual que la democracia y la economía de mercado, deben ser "aprendidos". En la Alemania del Este es imposible ciertamente crear de hoy para mañana la realidad de los derechos fundamentales que caracteriza al Oeste y que éste ha creado y, en algunas ocasiones, padecido a lo largo de muchos años. Sin embargo, existen también posibilidades en la confrontación con el estado de injusticia de la República Democrática alemana; aprendemos nuevamente cuán caros nos son los derechos fundamentales. También nuestra dogmática está retada, sobre todo por lo que hace al problemático tiempo de transición; cito aquí la sentencia del Tribunal Federal Constitucional sobre las colas y la decisión sobre la expropiación en el período entre 1945 y 1949<sup>23</sup>. Sólo poco a poco puede surgir en el Este una realidad europea de derechos fundamentales que responda al estándar común europeo. Esto exige tiempo y paciencia.

---

23. *EuGRZ* 1991, pp. 133 y ss., también pp. 121 y ss.

Pero ofrece también una posibilidad de continuar progresando, no en último término en diálogo con la literatura y la jurisprudencia italianas sobre derechos fundamentales<sup>24</sup>.

---

24. Véase A. BALDASSARE: "Liberta, Il Problemi Generali", estrato dal vol. XIX della *Enciclopedia Giuridica*, 1988, pp. 1 y ss.; GROSSA, P.: *I diritti di liberta ad uso di lezioni*, I, II, edizione ampliata, 1991; PACE, A.: *Problematica delle Liberta Costituzionale, Lezioni, Parte Generale*, 1985; *Parte Speciale II*, I, 1985, 2, 1988; CRISAFULLI/PALADIN: *Commentario breve alla Costituzione*, 1990.

## § 4

### *INCURSUS. PERSPECTIVA DE UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL MERCADO: SIETE TESIS DE TRABAJO\**

#### INTRODUCCIÓN

1989 ha anunciado la “hora mundial” del Estado constitucional: el fracaso casi global del marxismo-leninismo ha hecho que en todo el mundo se tome conciencia, de modo positivo, de la importancia de muchos de los elementos estructurales del Estado constitucional; sobre todo, de los derechos del hombre y de la democracia, del Estado de derecho y de la economía (social) de mercado, ahora legitimados también como grandes objetivos de reforma en la Europa del Este. El éxito de la teoría de la “economía de mercado” ejerce una gran fascinación que cada ciencia debe aún analizar y explicar, sobre todo hoy, cuando en la Europa del Este se evidencia la dificultad del cambio de un sistema económico dirigista a la economía social de mercado, dificultad que involucra tanto los aspectos humano, institucional y jurídico. Se está desarrollando un esfuerzo de investigación en relación al problema central del paso a la economía de mercado, entendida como forma económica de la sociedad pluralista. La doctrina constitucionalista debe

---

\* Publicado en *Pensamiento Constitucional*, Lima, N.º 4, 1997. Traducción del italiano de Elvira Méndez Chang.

ahora ponerse frente a una evidente cuestión de fondo: ¿cuáles son las perspectivas de una teoría constitucional del mercado que lo defina como parte de la sociedad pluralista y lo clasifique al interior del conjunto de valores fundamentales del Estado constitucional? En Alemania, la discusión en curso sobre el tema del “Derecho constitucional de la economía” está todavía muy atrasada y se refiere sólo a un aspecto parcial y secundario de ésta<sup>1</sup>. La misma ciencia jurídica europea debe plantearse con urgencia — de nuevo — las interrogantes inherentes al “mercado”<sup>2</sup>: el constituirse en un enorme, singular mercado mundial, que supera las fronteras del Estado, provee un motivo ulterior para interrogarse sobre el tema del mercado, que se mantiene como una “criatura desconocida”, no obstante la popularidad alcanzada en muchas disciplinas del sector. La doctrina constitucionalista es más estimulada por tales reflexiones cuanto más en el Este se desarrollen nuevas formas de economicismo o materialismo. De otro lado, le ecología y la economía deben ser recíprocamente vinculadas y, en los procesos de creación de nuevas constituciones (por ejemplo, en Europa del Este y en Alemania Oriental), es necesario establecer qué cosa y cómo, en materia de mercado y de economía de mercado, va a ser introducida en los textos constitucionales<sup>3</sup>.

## LA ELABORACIÓN DEL TEMA

### 1.1 El mercado en la perspectiva científico-cultural. La “doctrina de las dos manos” poder/derecho. La concepción “integrante” de la Constitución

El concepto de “mercado” es comprendido sobre todo gracias al auxilio de expresiones lexicales de uso cotidiano: “Con el término mercado se

- 
1. SCHEUNER, U. (editor). *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, 1971; H. RUPP, *Grundgesetz und “Wirtschaftsverfassung”*, 1874; SCHMIDT, R., *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, *HuBStR* vol. II (1988), pp. 1141 (1147 y ss.); J. ISENSEE, *Im Spannungsfeld: Marktwirtschaft Moral – Recht – Verfassungsstaat*; en H. J. MÜLLER/J. ISENSEE (editores), *Wirtschaftsethik – Wirtschaftsstrafrecht*, 1991, pp. 87 y ss.
  2. JÖRGES, C., *Markt ohne Staat? – Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik*, en F. WILDENMANN (editor), *Staatswendung Europas?*, 1991, pp. 225 y ss.
  3. Aquí es posible hacer sólo una referencia a las obras precedentes; véase: HÄBERLE, P., “Die Entwicklungsstaat des heutigen Verfassungsstaates”, en *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 431 (443 y ss.); “Verfassungsentwicklungen in Osteuropa – Aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre”, en *AöR* 117 (1992), pp. 168 (178 y ss.); “Grundrechte in pluralistischen Gesellschaften”, en *Die Verwaltung*, 6 (1993).

indica el nivel de intercambio de prestaciones entre demanda y oferta”<sup>4</sup>; el mercado es “el lugar económico del intercambio, donde el precio se constituye sobre la base del encuentro entre oferta y demanda”<sup>5</sup>; o el mercado es “el proceso mediante el cual la economía basada sobre la propiedad privada de los medios de producción, que distribuye puestos de trabajo (economía de mercado), obtiene aquella producción que mejor logra la satisfacción de las necesidades más urgentes de los consumidores”<sup>6</sup>. Cada una de las ciencias especializadas —que son llamadas a operar según un criterio de interdisciplinariedad— han discutido en profundidad sobre las características constitutivas del mercado: si se piensa en la expresión de F.A. von HAYEK, que define el mercado como “procedimiento de descubrimiento”, o “conquista del conocimiento gracias al *trial and error*”<sup>7</sup>, o bien a la discutible tesis del mercado como espacio de “diálogo sobre valores”<sup>8</sup>. A esta idealización del mercado<sup>9</sup> se contraponen la discutible satanización por parte del marxismo (el mercado como estado de naturaleza para una humanidad feroz, donde se impone unilateralmente el derecho del más fuerte). Se ignora el hecho que el mercado en el Estado constitucional no es un espacio libre de la ética, ni del Derecho de Estado. La “mano invisible” del mercado (A. SMITH)<sup>10</sup> y la “mano invisible del derecho” (E.-J. MESTMAECKER)<sup>11</sup> vienen concebidas *contemporáneamente*. La red de millones de contratos regulados por el Derecho, que presuponen la confianza y al mismo tiempo la crean, es similar a aquel contrato social, que del estado originario (*status*

---

4. Voz *Markt*, en *Münchener Rechtslexikon*, II, 1987, pp. 891.

5. Voz *Markt*, en *Gabler wirtschaftslexikon*, II, pp. 283.

6. Voz *Marckt*, en *HdSW VII*, 1961, pp. 131.

7. VON HAYEK, F.A., *The Constitution of Liberty*, 1960 (trad. It. Florencia 1969); Id., *The Road to Serfdom*, 1948 (trad. It. Milán 1948). Para una óptima introducción a la obra de VON HAYEK, véase el número especial (*Heft 5a*, 1991). De los *Schweizer Monatshefte in memoriam Von Hayek, F.A. 1889 bis 1992*, también en mérito a su relación con POPPER (p. 106 y ss.); además, M. “Streit, Wissen, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung”, en *Ordo* 43, 1992, pp. 1 y ss.; R. KLEY, F.A. *Hayeks wissenschaftliche Verteidigung des Liberalismus*, *ZfP* 1993, pp. 30 y ss.

8. FIKENTSCHER, W., *Wirtschaftsrecht*, I (1983), 10.

9. Ya es conocida la doctrina liberal de los *Drei Marktplätzen* (los ámbitos económico, político y cultural de la competencia).

10. Para el *locus classicus*, véase: SMITH, A., *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), edición alemana dirigida por RECKTENWALD, H.C., 1986, pp. 371 (trad. it. Turín 1950): “Él viene guiado, así como en muchos otros casos, por una mano invisible para la consecución de un fin, cuya realización no se había previsto”.

11. Cfr. MESTMAECKER, E.-J., *Recht und ökonomisches Gesetz*, 1984; Id., *Wirtschaftsrecht, Rabel'sZ* 54 (1990), pp. 409 y ss.; Id., *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem*, 1978.

*naturalis*) conduce al *status civilis vel culturalis*, y es característico del Estado constitucional en su conjunto, como siempre nuevo “acomodarse y tolerarse recíproco” de todos los ciudadanos. El mercado es una parte de la esfera abrazada por el contrato social: *life, liberty, estate, property*, trabajo de todas las partes contractuales en posición de igualdad. El comportamiento contractual de hecho tenido sobre el mercado, debería buscar un contacto con las teorías contractuales recientes y clásicas (y con las doctrinas sobre la justicia, hasta aquella de RAWLS). El mercado, en el Estado constitucional, es — como toda la vida social — estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es, constituido. Ello se ha transformado realmente e idealmente de un estado de *naturaleza* a un estado de *cultura*: por ejemplo, mediante los postulados materiales y procesales de la justicia y del bien común, de la constitución y del ordenamiento jurídico en su conjunto. Sus libertades son, desde el inicio, libertades culturales, no naturales, como demuestra también el desarrollo histórico. Y es precisamente una teoría constitucional del mercado la que debe triunfar en la tentativa de contraponer, en principio, el “retorno a la naturaleza” de ROUSSEAU al “retorno a la cultura” de GEHLEN. El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia. Ni la satanización, ni la idealización del mercado reflejan todo esto a cabalidad. Por el contrario, la perspectiva *mediana* es la correcta. Gracias a ésta es posible percibir la diferencia entre los varios mercados sectoriales, como aquello del “arte”, de los medios de comunicación, de las opiniones, de los capitales y del trabajo<sup>12</sup>, mientras hoy la europeización y la globalización de los mercados crean nuevos retos para la teoría del Estado constitucional cooperativo. Otro tanto, puede decirse para las grandes responsabilidades comunes, como aquellas que gravan sobre los mercados nacionales e internacionales, en razón a la protección del ambiente<sup>13</sup>. El “principio de responsabilidad” (JONAS) hace uso tanto del punto de vista del Estado

- 
12. La forma del mercado o de la economía, mutable en el curso de la historia, debe corresponder a una parte de la historia de la cultura. La historia del pensamiento en la materia se inicia nada menos que con Aristóteles, *cfr.* FLASCHAR, H. — ISSING, O. — TODD LOWRY, S. — SCHEFOLD, B., *Aristoteles und seine “Politik”, vademecum zu eine Klassiker des antiken Wirtschaftsdenkens*, 1992; E. SALIN, *Politische Ökonomie, Geschichte der wirtschaftspolitischen Ideen von Platon bis zur Gegenwart*, 1967; SCHEFOLD, B. (editor), *Die Darstellung der Wirtschaft und der Wirtschaftswissenschaften in der Belletristik*, 1992. En perspectiva científico-espiritual, también E. HEUSS, *Evolutorik und Marktwirtschaft*, Jöhr — Vörlösung St. Gallen, 1992, pp. 11 y ss.
13. Para la inmensa literatura sobre la materia, HAMPICKE, U., *Ökologische Ökonomie. Individuum un Nu... in der Neoklassik*, 1992; M. HAUFF — U. SCHMID (editor), *Ökonomie und Ökologie-Ansätze zu einee ökologisch verpflichteten Marktwirtschaft*, 1992.

constitucional como de aquello del *fórum* de la humanidad en “perspectiva cosmopolita”.

El mercado está elaborado como parte de la sociedad abierta por la constitución de esta última. En cuanto tal, ello no está dado *a priori* “naturalmente” pero, por el contrario, ha sido constituido; no es alguna cosa autónoma y separada, pero es un ámbito social en el cual se concreta el ejercicio de diversos derechos fundamentales mediante el aporte de muchos: en la concurrencia y en el ser socios, en el intercambio y en los vínculos, en el ser unidos o uno contra el otro. Tales *procesos comunicativos* no son “salvajes” ni son un espacio libre para egoísmos represivos que se encuentran como en una guerra civil, pero son literalmente “creados por la cultura”, una parte de la cultura. Con aquello no se pretende negar la existencia de fuertes contrastes de interés y de discusiones entre sujetos del mercado o entre sus grupos (disciplinados por apropiadas estructuras de distribución de los poderes). Más bien, se quiere subrayar que el monopolio del poder ejercitado por el Estado constitucional, la prohibición —diversamente articulada (pero a menudo de modo equivocado)— del abuso del poder económico (por ejemplo, en las cláusulas generales del Código Civil alemán), el fuerte reclamo a los deberes sociales y al sentido de la comunidad, y, en el conjunto, la delicada construcción de la cultura jurídica de un pueblo, lentamente madurada, forjan la vida económica y del mercado y la transforman en un elemento constitutivo *interno* del ordenamiento constitucional existente. La intensidad de la constitución de los modelos de mercado es diversa, en el tiempo y en el espacio; de nación en nación y en el curso de la historia, y allí están las diferencias, además al interior de un mismo Estado, así como lo muestra, por ejemplo, la oscilación de Francia (debido al uso de la técnica del *trial and error*) entre economía planificada y socialización, o entre economía de mercado y privatización, bajo los presidentes De Gaulle y Mitterand<sup>14</sup>. Todo esto se cumple sobre el plano y en el ámbito de una constitución que hace uso de las fuerzas de mercado y de sus realizaciones, y, en cada caso, a la luz de la concepción de la constitución aquí recogida. En tal sentido, la constitución es el “ordenamiento jurídico fundamental” del Estado y de la sociedad: ella no sirve solamente para limitar y racionalizar los “procesos” de poder, sino los constituye. Ella materializa el consenso nacional de base, es “norma y tarea” (SCHEUNER), “estímulo y límite” (SMEND); y, en conclusión, un proceso público. La con-

---

14. Existen la variante italiana de la economía (social) de mercado, con su (aún) “vistosa” atención en la economía de Estado; aquella francesa, donde la “política industrial” es la que tiene un rol relevante; o el “thatcherismo” inglés.

cepción “mixta” de la constitución recoge muchos aspectos del debate desarrollado hasta hoy y solicita una integración pragmática de los diversos elementos teóricos. La aproximación es, sobre todo, científica y cultural. La Constitución no es solamente un texto jurídico o una “instalación” de disposiciones normativas; es también —como hemos dicho— expresión de una etapa de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas<sup>15</sup>. El mercado, en su conjunto y en los aspectos individuales, está incluido en todos estos nexos: en las propias estructuras y funciones, pero también en su relación con los derechos fundamentales. Relación ésta que considera tanto su significado para la realización de los derechos fundamentales como su ser constituido a través de los derechos fundamentales de los individuos y de los grupos. Las “libertades económicas” son, en el fondo, en primera y última instancia, libertades *culturales*: libertad en el sistema cultura, al cual pertenece también la economía, no obstante que ésta se diferencia de los ámbitos clásicos de la cultura, tales como la religión y la educación, el arte o la ciencia<sup>16</sup>.

## 1.2 El mercado en el cuadro de los textos clásicos de la filosofía del Estado y del Derecho. La imagen del hombre. El contrato social. Las finalidades educativas y la doctrina de la división de los poderes en el ámbito económico

Una teoría constitucional del mercado debe afrontar con inmediatez los paradigmas de la filosofía clásica del Estado y del Derecho. No obstante, no parece que ello haya sucedido hasta hoy. No es posible, en esta sede, “recuperarlo” o iniciarlo. Serían necesarias —“sobre las espaldas de los gigantes”— discusiones en la cumbre entre los mismo autores clásicos, con un ojo a la constitución<sup>17</sup>. En efecto, el mercado está estrechamente conecta-

15. Cfr. HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, pp. 19.

16. Cfr. RAISER, L., *Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem*, *Festschrift J. Von Gierke*, 1950, pp. 181 (188), según el cual, la economía y el Derecho serían “ámbitos parciales de una misma cultura, creación del espíritu, partes de un mundo de valores, testimonios de todo la forma de ser de un pueblo”. Véase también: RÖPKE, W. (1944), citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, W. STÜRTZEL y otros (editores), 1981, pp. 229: “Ésta (la economía de mercado vital y pacífica) es más que nada un producto artificial, un artefacto de la civilización, [...]”; “[...] que también el curso de la economía de mercado, así encuadrada y regulada, necesita de ciertas intervenciones del Estado, bien dosadas y sopesadas”.

17. El volumen *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., para la doctrina constitucionalista es una fuente inagotable de textos clásicos de la ciencia económica.

do a las cuestiones fundamentales de la convivencia social (por ejemplo, a la “imagen del hombre” y a la “sociedad”), y está subordinado al postulado de la justicia y del bien común, así como a otros sectores propios de una democracia pluralista. La pregunta relativa a las estructuras y a las funciones del mercado es también una pregunta sobre la “correcta” comprensión de la constitución. La formulación de una teoría constitucional, que comprenda el mercado en general y en particular, adquiere importancia en la medida en que la doctrina del Derecho venga actualmente integrada en la doctrina del Estado constitucional. Aquí es oportuno señalar que el mercado, entendido como parte de la sociedad pluralista, está *constituido* como ésta. Esto, entonces, contempla al individuo no tanto en el estado de naturaleza (*status naturalis*) cuando en el estado de cultura (*status civilis*)— El mercado no puede ser o convertirse en un *bellum omnium contra omnes*, no es el espacio para la naturaleza (que en parte, es seguramente verdadera) violenta del hombre y también el Estado constitucional no es aquél de HOBBS, sino aquél construido por LOCKE y se finge, en el sentido que nos lleva a KANT, un contrato social. Es el “cuadro moderadamente optimista del hombre”, y no aquél pesimista, basado sobre la experiencia de la guerra civil planteada por HOBBS y que forja el Estado constitucional, así como la idea relativa del “sujeto del mercado”<sup>18</sup>. Adam SMITH ha descrito realistamente, con una fórmula clásica, la propia visión del hombre<sup>19</sup>: “Por el contrario, el hombre tiene siempre necesidad de ayuda que, sin embargo, no puede esperar obtenerla sólo mediante la benevolencia de sus consocios. Probablemente, logrará su objetivo mucho antes, si usa el amor propio de ellos a su favor, mostrando que es en el interés de ellos hacer aquello que él desea de ellos (...). Nosotros no nos dirigimos a los hombres sino a su amor propio y no nos referimos a sus propias necesidades sino hablamos de su ventaja”. Tal aspecto de la imagen del hombre viene traducida por el Estado constitucional también en relación al mercado. Ello se expresa repetidamente en los principios que caracterizan la vida económica, por ejemplo, mediante la garantía de la propiedad privada (allí comprendida la libertad testamentaria) en el cua-

18. HÄBERLE, P., *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

19. SMITH, A., *An inquiry*, cit. pp. 17.

20. Sobre el punto, *cfr.* Trib. Const. Fed., 31, pp. 229 (240); *cfr.* asimismo, mi exposición realizada en Basilea, “Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff” (1984) ahora en: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld*, cit., pp. 484 y ss. *Cfr.* también EUCKEN, W. (1952): “La afirmación, a menudo citada, que establece que la propiedad privada sea de utilidad no sólo para el propietario sino también para quien no es propietario, vale únicamente en el ámbito del ordenamiento de la competencia” (citado en *Grundtexte*, cit., pp. 153).

dro de la “utilidad privada”<sup>20</sup>. Tal visión del ciudadano “que actúa en su propio interés” no es, sin embargo, idéntica a la figura ficticia, a menudo citada, del *homo oeconomicus*<sup>21</sup>. La imagen de aquél que “maximiza racionalmente lo útil” toma solamente un aspecto parcial, ya que el individuo no es egoísta *solamente* en relación a la explotación *económica* y al deseo de ganancia, y no está motivado únicamente por aquello que es *racional*<sup>22</sup>. Aquellos que han “nacido iguales y libres en derechos y en dignidad” dotados de “conciencia y razón”, sobre los cuales incumbe la obligación del “espíritu de fraternidad” (*cf.* Art. 1.º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas de 1948) son por su “naturaleza” —y por su cultura— muy complejos (*también* bajo la perspectiva de las emociones, *también* del altruismo, *también* del idealismo) para poder ser descritos con fórmulas simples. Lo que el Estado constitucional sabe ofrecer sobre el plano cultural consiste exactamente en tomar en cuenta la multiplicidad de elementos propios de la imagen del hombre, en protegerla, en apuntar sobre ella y en el “construirla y perfeccionarla”. En el ámbito de las *finalidades educativas* del Estado constitucional, se vuelven visibles los aspectos parciales de la visión del hombre que le es “propia”. Así, según el Art. 26.º, N.º 2, de la citada Declaración Universal de los Derechos del Hombre, deben ser objeto de la educación tanto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el “reforzamiento del respeto de los Derechos del hombre” como la “comprensión y la tolerancia”. Análogamente, el Art. 26.º, N.º 1, de la Constitución de Brema solicita una “educación dirigida hacia una toma de conciencia de la comunidad, que se funde en el respeto de la

---

21. HEINRICHSMEYER, W. — GANS, O. — EVERS, J., *Einführung in die Volkswirtschaftslehre*, 6a edic., pp. 38, pp. 166; MEINHOLD, W., *Grundzüge der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, 1992, pp. 12 y ss. (Clásicamente R. RÖPKE: *Ethik un Wirtschaftsleben* (1955), citado en *Grundtexte*, cit. P. 439 y ss. (spec. pp. 441: “Existe un economicismo que transforma el medio en el fin y piensa sólo al pan [...]”; pp. 447: “Tal *homo oeconomicus*, configurado como tipo “medio”, existe, sin embargo, al igual que los héroes y los ángeles”; pp. 448: “la vida económica no se desarrolla en un vacío moral. En todo caso, corre el peligro constante de perder el equilibrio ético [...]”).

22. Desde el punto de vista filosófico, el modelo del *homo oeconomicus* es criticable porque no considera las relaciones sociales dentro de las cuales cada individuo está colocado desde el inicio; bajo la perspectiva ética, niega el vínculo entre el individuo y los valores metaideales; desde el punto de vista empírico, no toma en cuenta que el hombre no es sólo racional y que sus preferencias no son siempre las mismas. Finalmente, se recuerda, junto con RÖPKE, W. (1955), que aquél que tiende sólo a la maximización de las ganancias destruye el mercado, dado que el mercado y la competencia “se nutren únicamente de recursos morales, sin crearlos autónomamente” (citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., pp. 439 [488]).

dignidad de cada hombre y en la voluntad de justicia social y de responsabilidad política”<sup>23</sup>. Además, sería útil lograr hacer fecunda una parte de aquella sabiduría antropológica que, en 1748, ha consentido a MONTESQUIEU “descubrir” su propia teoría de la división de poderes: el hombre se inclina por naturaleza a abusar del poder. Aquello no es válido únicamente para los individuos colocados en las oficinas estatales o que tienen una responsabilidad pública, sino también para el ciudadano que toma parte de las vicisitudes del mercado. Por este motivo, el Estado constitucional es constantemente estimulado a extender el principio de la división de poderes (inicialmente entendido en sentido restringido, es decir, limitado a la organización interna del Estado) al ámbito social (¡y, entonces, también económico!), a fin de evitar procesos de distorsión del poder (la política estatal, en tema de competencia sirve precisamente para esto). La división de poderes, en sentido lato, resulta la idea de base gracias a la cual muchos principios del Estado constitucional han sido aplicados al mercado: de la determinación de la “función social” de la propiedad privada (Art. 42.º, numeral 2, de la Constitución italiana) a la atribución al Estado de la tarea de una “distribución equitativa del bienestar” (Art. 20.º de la Constitución de los Países Bajos), y la prohibición de la “explotación del poder económico” (Art. 81.º, literal e) de la Constitución portuguesa) y de todos los “negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres” (Art. 151.º, numeral 2, par. 2, de la Constitución de Baviera).

### 1.3 El mercado a la luz de los textos constitucionales del Estado constitucional: la fuerza expresiva del desarrollo gradual de los textos

En los textos constitucionales de las democracias pluralistas, vienen recogidas adquisiciones parciales acerca del valor de atribuir a la posición del mercado y de la economía (y a conceptos correlativos como la libertad de competencia y el deber social). Éstas expresan, bajo la perspectiva temporal y espacial y, es decir, desde el punto de vista jurídico comparado e histórico, algo fecundante y sintético: aquello en que los constituyentes

---

23. La doctrina de RÖPKE, W. sobre la “asimetría de la economía de mercado” asume en tal contexto valor determinante: también el mercado está orientado por condiciones externas. “El mercado, la competencia y el juego de oferta y demanda no crean un patrimonio de principios morales pero lo presuponen y lo usan”. RÖPKE comprende, dentro de las normas éticas de la economía de mercado, “la autodisciplina, el sentido común y de justicia, la honestidad, *fairness*, el respeto de la dignidad humana, las normas consuetudinarias, todo esto representa aquello que los individuos deben llevar consigo antes de acceder al mercado” (citado en *Grundtexte*, cit. pp. 448).

nacionales piensan en materia de economía, el modo en el cual ello la disciplina respecto a los otros valores constitucionales como la dignidad del hombre y la libertad individual, los límites de los abusos, el Estado de derecho y la justicia, el bien común y el bienestar, la democracia y la formación de la voluntad política. El análisis del desarrollo de los niveles de texto, experimentada también en relación a otros temas constitucionales<sup>24</sup>, consiente además elaborar en vía mediata las afirmaciones relativas a las *realidades* constitucionales anteriores y más recientes. Ella evita la acusación de ser una simple semántica o programática de los textos, aunque la idea de constitución como proceso público implica siempre algunas carencias de control. A continuación, viene propuesta una selección de la gran cantidad de material pertinente (del cual es posible elaborar una doctrina constitucional en materia económica).

Un texto pionero —el mejor por la forma y contenidos— para los fines de la reforma de la Europa del Este, se encuentra en el preámbulo de la Constitución húngara de 1949/89: “A fin de estimular el pacífico pasaje a un Estado de derecho que realice el sistema pluripartidario, la democracia parlamentaria y la economía social de mercado [...]”. El proyecto de Constitución de la Federación Rusa del 13 de noviembre de 1992, intenta en el Art. 9.º, numeral 1, una definición normativa: “La economía social de mercado, allí donde se encuentra la libertad de actividad económica, empresarial y de trabajo, diversidad e igualdad de las formas de propiedad, su tutela legal, una competencia honesta y un bienestar público constituirán la base de la economía de la Federación Rusa”. Otros proyectos no usan el concepto de “economía social de mercado”, pero colocan un principio de pluralismo referido también al campo de la economía<sup>25</sup>. Todos los proyectos consideran también temas conexos, como las libertades económicas o los derechos sociales de los trabajadores, e incluyen “por primera vez” la previsión de la protección del ambiente y la perspectiva de la tutela de las generaciones futuras<sup>26</sup>. El Art.

24. HÄBERLE, P., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld*, cit., pp. 3 y ss.; en particular, para las cuestiones referentes a la economía, *cfr.* pp. 14 y ss.

25. *Cfr.* art. 6, numeral 1, del proyecto de Ucrania del 10 de junio de 1992, que dice lo siguiente: “La vida social en Ucrania está basada en el principio del pluralismo político, económico e ideológico”.

26. Parciales indicaciones en mi *Tübinger Gedächtnisvorlesung: Verfassungsentwicklung in Osteuropa*, *AöR* 117 (1992), pp. 169 (179). En particular, véanse los artículos 79-83 del proyecto de Ucrania (1992): “Seguridad ecológica”; Constitución de Turkmenistán (mayo de 1992), art. 9, numeral 1, donde se reconocen “igual... e iguales condiciones de desarrollo para todas las formas de propiedad”, así como el art. 10, donde se menciona el “mantenimiento de los recursos naturales”; art. 57, numeral 1, del proyecto de Rusia (1992): “Está reconocida y garantizada la propiedad en todas sus formas, privada, estatal o de otro género. El ejercicio del derecho de propiedad no debe dañar el interés público”.

9.º, numeral 3, del proyecto de Constitución de Rusia (1992) contiene una disposición nueva en el tema de “colaboración social”: “Las relaciones económicas deberán estar construidas sobre la base de la cooperación social entre el individuo y el Estado, el trabajador y el empleador, el productor y el consumidor”. Por consiguiente, para los constituyentes de Europa del Este, no es suficiente el listado de elementos de una economía de mercado (como la propiedad privada y la libertad contractual) o de las relativas limitaciones (como el derecho de huelga y la seguridad social) y ellos tienden a afirmar principios con potencialidades generales, como la “economía social de mercado” o el “pluralismo económico”. Ello confirma la “importancia” política del presente tema como actual y ambicioso fin para la reforma. Al mismo tiempo, se manifiesta todo ello en una nueva fase del “desarrollo de los niveles de texto” en el moderno Estado constitucional. Ella se delinea sea en las constituciones más recientes (no siendo últimas aquellas de los países en vías de desarrollo). Así, el Art. 80.º, literal a, de la Constitución portuguesa sanciona la “subordinación del poder económico al poder democrático del Estado”. El Art. 38.º de la Constitución española dispone que: “Está reconocida la libertad de empresa en el ámbito de la economía de mercado”. El Art. 19.º de la Constitución de los Países Bajos establece que: “La creación de puestos de trabajo en número suficiente es tarea del Estado [...]”. Y la Constitución peruana\*, en el texto del preámbulo, se arriesga a afirmar que es justa la sociedad “donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía” y, al mismo tiempo, el Art. 115.º señala: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”. El Art. 101.º de la Constitución de Guatemala contiene una norma particular: “El trabajo es un derecho individual y un deber social. La vida laboral del país debe ser organizada en pleno respeto de los principios de la justicia social”.

Para hacer una confrontación, recordemos algunos textos precedentes y el relativo desarrollo textual. Así, vienen mencionados el Art. 151.º, numeral 1 de la Constitución de Weimar (“La disciplina de la vida económica debe corresponder a los principios de la justicia con el fin de garantizar una existencia digna para todos. Es necesario garantizar la libertad del individuo dentro de tales límites”). El reconocimiento de la finalidad educativa de la “capacidad profesional”, del cual el Art. 148.º, numeral 1, de la Constitución de Weimar; el Art. 151.º, numeral 1, de la Constitución de Baviera

---

\* Se refiere a la Constitución Política del Perú de 1979, derogada por el texto constitucional de 1993. (Nota del traductor).

de 1946 ("El conjunto de la actividad económica está puesto al servicio del bien común; en particular, la garantía de una existencia digna para todos y la elevación de las condiciones de vida de todas las categorías sociales"); el Art. 55.º, numeral 1, de la Constitución de Renania Palatinado de 1947 ("Las condiciones de trabajo deben ser tales de poder garantizar la salud, la dignidad, la vida familiar y las expectativas culturales de los trabajadores"). Finalmente, viene mencionado el Art. 43.º de la Constitución de Brandeburgo, que vincula la vida económica a un "orden económico de mercado socialmente justo, subordinado a la obligación de la tutela del ambiente natural"<sup>27</sup>.

Ya esta pequeña selección de textos constitucionales demuestra cómo los constituyentes, en las democracias pluralistas, se concentran constantemente sobre temas del "mercado" y de la "economía de mercado" y cuán intensamente ellos los elevan al rango de parte fundamental de sus obras. Esencialmente, vienen considerados todos los problemas que una doctrina constitucional del mercado debería resolver. Por cuanto enunciativa pueda ser la lista de principio aquí reportada, sólo si son "leídos conjuntamente", ellos pueden abrir el amplio panorama de las palabras-claves en las cuales la reflexión sobre la economía como problema constitucional se traduce. Los textos constitucionales representan, de un lado, las cristalizaciones culturales, las condensaciones de la discusión política y científica desarrollada hasta ahora, así como el eco de los textos clásicos de la economía y de la ética social; de otro lado, ellos pueden servir como punto de partida para el debate teórico futuro sobre la doctrina constitucional del mercado, proveyendo para tal vía algún instrumento de trabajo. Sin embargo, es necesario limitar la consulta de los textos de la doctrina económica, que se contradicen siempre; por el contrario, es mejor tomar en serio también los textos de cada constitución, que la mayoría de las veces son expresión de una dura lucha para compromisos políticos en el curso de la investigación de "concordancias prácticas" (HESSE). Tal método es adoptado, en cada caso, para el *forum* de la doctrina constitucionalista. Por esto, parece legítimo que, a continuación, se haga constantemente un uso directo de los textos constitucionales como argumento e instrumento de síntesis de la discusión. Ellos no sustituyen la explicación científica pero la enriquecen, expresando casi la quinta esencia de la vasta y relevante controversia que ha involucrado a los clásicos, a los programas de los partidos políticos y también, individualmente, a los estudiosos.

---

27. El Tratado sobre la Unión económica, social y monetaria de las dos Alemanias (1990) ha introducido, en un elevado nivel de fuentes, una significativa garantía de la economía social de mercado (preámbulo y art. 1, numeral 3); para tal propósito, véase SCHMIDT, M. — PREUSS, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, DVBl 1993, pp. 236 y ss.

#### 1.4 Economía de mercado y democracia: ¿un sinónimo?

Muchos elementos inducen a individualizar un nexo *interno* entre democracia y economía de mercado: la simultaneidad con la cual ambas se desarrollan en las revoluciones de la Europa del Este, a partir de 1989; los textos citados de los Estados constitucionales democráticos, que regulan la economía (social) de mercado como un fin del Estado; los otros textos, que auspician una “unión de la democracia política con las ideas de la democracia económica” (preámbulo de la Constitución de Hamburgo de 1952), que buscan la realización de una “democracia económica, social y cultural” (Art. 2.º de la Constitución de Portugal) o solicitan la participación de los trabajadores en el ejercicio de las empresas (Art. 47.º, numeral 2, de la Constitución de Brea; Art. 26.º de la Constitución de la Renania de Nor-Wetfalia). El paralelismo entre mercado y democracia bien se comprende por motivos históricos: 1776 no es solamente el año del *Bill of Rights* de Virginia, sino también aquél de la publicación de *The Wealth of the Nations* de Adam SMITH. Los clásicos de la época posterior profundizarán la analogía: Boehm<sup>28</sup> parangona el mercado a las formas ideales de la democracia plebiscitaria, con votaciones cotidianas, soberanía del consumidor, posibilidad de elección cotidiana para todos. El mismo SCHUMPETER<sup>29</sup> se ha detenido en la afirmación, por la cual “no existe ninguna institución más democrática que el mercado”<sup>30</sup>. Por el contrario, suena provocativa la declaración de TÖNNIES<sup>31</sup>, según el cual el mercado sería la “balanza” de la justicia económica. ¿El mercado ha asumido verdaderamente, en el Estado constitucional, el modelo de una forma *económica* de la democracia?<sup>32</sup>

Es necesario responder tal interrogante de modo *diferenciado*: solamente la economía *social* de mercado<sup>33</sup> puede ser objeto de una limitada

28. BÖHM, F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpfende Leistung*, 1937. *Id.*, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1950; *Id.*, “Privatgesellschaft und Marktwirtschaft”, en *Ordo*, XVII (1966), pp. 75 y ss.

29. SCHUMPETER, J.A., *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 1946 (trad. it. Milán 1970), pp. 294.

30. Véase también la tesis de los “demócratas liberales”, citadas en KRÜGER, H., *Sozialisierung*, en BEIERMANN, K.A.-NIPPERDEY, H.C.-SCHIEUNER, U. (ed.), *Die Grundrechte*, III, 1958, pp. 267 (273), según la cual el mercado sería una democracia “donde cada Pfennig equivale a una tarjeta electoral”. *Cfr.* también HÄBERMAS, J., *Die Freiheit, Grundprobleme der Demokratie*, 1992, pp. 11 y ss.

31. TÖNNIES, F., *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1935 (reimp. 1963; trad. it. Milán 1979), pp. 42.

32. El mercado es “el juez que mide, sopesa y conoce, que emite un juicio. Esto deben reconocerlo todos [...], y, entonces, deben usar el mismo metro, sopesar con la misma balanza”.

33. Según MÜLLER-ARMACK, A., la idea fundamental de la economía de mercado consiste en “vincular el principio de la libertad en el mercado con aquél del equilibrio social” (citado en

analogía con la democracia pluralista, de modo que los “ciudadanos del mercado” pueden ser “ciudadanos de la democracia”. Las teorías de la justicia, remitidas a través del principio del Estado social de ARISTÓTELES a RAWLS, caracterizan la economía de mercado del Estado constitucional, por ejemplo, en la forma de la “protección del consumidor” (cfr. Art. 51.º de la Constitución española), de los “derechos sociales mínimos en materia de legislación del trabajo” (cfr. Art. 102.º de la Constitución de Guatemala), de la exigencia de la “seguridad social” (cfr. Art. 20.º, numeral 2, de la Constitución de los Países Bajos), de la libertad sindical y del derecho de huelga (cfr. Art. 23.º, numeral 2, de la Constitución griega). La doctrina constitucional se encuentra frente a la tarea de deber integrar, en el propio sistema abierto de coordenadas, las estructuras y las funciones del mercado, los límites del mercado y de la economía de mercado y sus prestaciones en términos de bienestar. La encíclica *Centesimus annus*<sup>34</sup> del Papa Juan Pablo II ofrece algunos puntos, en la medida que define como modelo para el desarrollo social y económico un sistema económico que reconozca “el rol fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consecuente responsabilidad por los medios de producción, de la libre creatividad del hombre en el ámbito de la economía”. La libertad política (es decir, *democrática*) y aquella *económica* — también en cuanto expresión de la *única* dignidad del hombre — son seguramente “inseparables”. En tal medida, la economía de mercado y la democracia liberal en el Estado constitucional se compenetran, sin que sea posible escindirlas<sup>35</sup>. Al mismo

---

*Grundtexte*, cit. pp. 85); cfr. también MÜLLER-ARMACK, A., *Die Wirtschaftsordnung, sozial gesehen* (1947), en E. TUCHTFELD – E. DÜRR (editores), *Genealogie der sozialen Marktwirtschaft*, 1974, pp. 73 y ss.; sobre A. RÜSTOW, co-fundador de la economía social de mercado, cfr. K. MEIER-RUST-A. RÜSTOW, *Geschichtsdeutung un liberales Engagemet*, 1993; véase, además, AMBROSIUS, G., *Die Durchsetzung der sozialen Marktwirtschaft in Westdeutschland, 1945-1949*, 1977.

34. La EKD defendía aún en 1991 “la economía social de mercado”: cfr. la memoria “Gemeinwohl und Eigennutz. Soziale Marktwirtschaft als Chance für zukunftsfähiges wirtschaftliches Handeln”. La eficiencia del mercado está aquí valorada positivamente, añadiendo, sin embargo, a los fines clásicos de la economía de mercado (la ocupación plena, la estabilidad de la moneda, el crecimiento económico y la distribución equitativa de la propiedad) aquel nuevo de la “preservación del ambiente natural”. Digna de ser tomada en consideración la declaración sobre las elecciones de la *Volkskammer* del 1990 por parte del Comité unitario de los cristianos-católicos de la RDT de febrero de 1990 (citado en la *Frankfurter Allgemeinezeitung* del 22 de febrero de 1990), según la cual, la doctrina social católica reconoce “que la libre economía de mercado no lleva automáticamente el bienestar a todos, sino requiere necesariamente un sistema estructurado de seguridad social y de ayudas recíprocas como componentes básicos a fin de poder convertirse en una economía social de mercado”.
35. Cfr. entre las voces más recientes, HOPPMANN, E., *Freiheitliche Wirtschaftspolitik un Verfassung, Jenenser Vorträge*, 1992, pp. 7: “Un ordenamiento económico compuesto por individuos

tiempo, son necesarias “fuertes condiciones-cuadro” (mejor dicho, condiciones constitutivas) y controles jurídicos, además “intervenciones” del Estado social para fines de justicia, por ejemplo, en tutela de los más débiles<sup>36</sup>, para asimilar democracia y mercado<sup>37</sup> – el mérito del Estado constitucional democrático consiste precisamente en haber desarrollado gradualmente, en el curso de la historia, la economía de mercado y el Estado social de Derecho en “concordancia práctica”. La sociedad abierta tiene su correspondencia en la apertura y en la libertad de los mercados. La economía social de mercado se ha convertido en el principio constitucional inmanente del modelo del “Estado constitucional”.

### 1.5 Tres límites del principio “mercado y economía de mercado”<sup>38</sup>

A partir de la vertiente de 1989, el modelo del mercado pretende tendencialmente expandirse a ámbitos siempre nuevos. A veces, se verifican algunos excesos, como cuando se habla no sólo de un “mercado” de la opinión pública y del arte, sino además se califica a una entera nación como un supermercado (M. RUTHVEN), mientras el mercado interno de la CEE, unificado desde 1993, parece sobrepasar la Europa de la cultura con aquella prepotencia que es típica de los charlatanes. No obstante ello, es tiempo que la doctrina constitucionalista recuerde claramente algunos límites. El mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse

---

libres [...] comprende dos aspectos: el primero, dado por las reglas de comportamiento que aseguren la libertad, y el segundo, constituido por los procesos concretos de mercado que nacen de tales reglas y que construyen un sistema evolutivo y que se autoregula. Es en tal medida que la libertad y la economía de mercado están recíprocamente vinculado [...]”.

36. Cfr. art. 45, numeral 4, N.º 1, de la Constitución irlandesa: “El Estado se empeña con particular atención en favor de la protección de los intereses económicos de los grupos de las comunidades económicamente más débiles y de la ayuda, allá donde ésta sea necesaria, para el sostenimiento de los enfermos, de las viudas y de los ancianos”. De manera similar, RÖPKE, W. (1950), *Grundtexte*, cit. pp. 49 (60 y ss.), menciona entre los “sectores no económicos”, entre otros “las cuestiones sociales relativas a la corrección de la distribución de la ganancia, a la seguridad y a la protección de los pobres”. ¡Esto sirva para demostrar el paralelismo existente entre los textos clásicos y los textos constitucionales!
37. Sobre todo, los textos sobre la “democracia económica” son fuente de equívocos y no recogen cuanto aquí se ha sostenido. También la congestión económica no es un problema de democracia sino de derechos fundamentales; para este propósito, cfr. HÄBERLE, P., *Grundrechte im Leistungsstaat* (1972), ahora en: *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., pp. 163 y ss.
38. Cfr. en RÖPKE, W. (1950) la posición de las cuestiones relativas a los “límites del mercado” y los sectores no económicos del mercado” (citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., pp. 49 [56 y ss., 60 y ss.]).

en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza *instrumental* del mercado que emerge de los textos constitucionales (pensemos en los principios que ponen la “economía al servicio del hombre”, del bien común, de la dignidad del hombre, del gradual aumento del bienestar, de la justicia social, etc.). Desde un punto de vista funcional, los límites del mercado y de la economía de mercado pueden reconstruirse en los siguientes términos de un lado, el modelo de mercado *no es aplicable* a determinados ámbitos *culturales* como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquél de la investigación y de la familia; asimismo, a sectores sociales como aquellos más esenciales del derecho del trabajo. El Estado constitucional debe establecer, con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado, o si esto sea verdaderamente necesario para ellos, teniendo presente que, en el curso del desarrollo histórico, se podrán verificar cambios (en Alemania, al lado de la televisión pública encontramos a la televisión privada, el derecho social al arrendamiento, la sanidad estatal y el monopolio estatal de la intermediación del trabajo, etc.). De otro lado, es indispensable, al interior de cada óptica de orden liberal, imponer la “interdependencia de los ordenamientos” o la indivisibilidad de la libertad política y económica, la apertura del proceso democrático de formación de la voluntad<sup>39</sup> (entendida como parte de la constitución del pluralismo). Sirven a tal fin el postulado constitucional de la “subordinación del poder del mercado a la soberanía democrática del Estado” (Art. 80.º de la Constitución de Portugal)<sup>40</sup> y la prohibición de todo abuso de la libertad económica (“en particular, a favor de la concentración del poder monopólico y de la fuerza política”: Art. 39.º, numeral 1, de la Constitución de Assia; en el mismo sentido, el Art. 81.º de la Constitución portuguesa). Finalmente, la libertad económica del individuo encuentra su propio *límite* “en el respeto de los otros y de las exigencias morales del bien común” (Art. 151.º, numeral 2, de la Constitución de Baviera; en el mismo sentido, el Art. 52.º, numeral 2, de la Constitución de Renania-Palatinado)<sup>41</sup>. Aquí está el espacio para los

39. Para tal propósito, HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 1991, par. 22.

40. Véase también el art. 38, numeral 4 de la Constitución de Portugal: “El Estado garantiza la libertad y la independencia de los medios de comunicación de masas frente al poder político y al poder económico”.

41. DAHRENDORF, R. es provocador, en *Der Spiegel*, N.º 3 del 18 de enero de 1993, pp. 21 (23): “La democracia y la economía de mercado se revelan como proyectos fríos, helados [...] Es

mínimos éticos de la cultura juscivilista<sup>42</sup> (de la cláusula general de “buena fe” a aquella de “honestidad comercial”), cuya falta es dolorosamente visible ahora que se intenta crear un ordenamiento económico liberal al interior de las sociedades postcomunistas de la Europa del Este<sup>43</sup>.

### 1.6 La economía social de mercado como “tercera vía” entre capitalismo y socialismo: las prestaciones culturales del Estado constitucional

En el ámbito del Estado constitucional, la controversia entre “capitalismo o socialismo” no tiene sentido: esto en cuanto el Estado constitucional ha integrado plenamente, en el curso de la larga evolución de los niveles de texto, sea bajo la perspectiva ideal que real, la economía social de mercado como tal, mediante la creación del Derecho social y del Derecho del trabajo en el contexto del Derecho social de la economía. La economía social de mercado constituye la tan frecuentemente evocada “tercera vía” (SCHLECHT)<sup>44</sup> y representa un relevante resultado en términos culturales. En particular, después de la caída del socialismo, sobre todo, en la Europa del Este, sería errado señalar al “sistema capitalista”<sup>45</sup> como el vencedor. “Vencedor” es el *modelo* del Estado constitucional y no sólo porque éste haya logrado individualizar soluciones *justas* en relación a la cuestión social. Ciertamente, las soluciones al problema del modo en el cual la justicia social

---

erróneo intentar ideologizar la democracia o la economía de mercado, haciéndoles hervir la sangre. Ambas ofrecen mecanismos para superar los conflictos sin la fuerza, pero nada más”.

42. Cfr. RÖPKE, W., *Ethik und Wirtschaftsleben* (1955), citado en *Grundtexte*, cit. pp. 439 (449): “Si definimos tal ordenamiento como ‘civil’, en el sentido más amplio del término, individualizamos el fundamento sobre el cual debe basarse el *ethos* de la economía”. Véase también K. H. BIEDENKOPF, *Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht*, 1965.
43. Junto con esta ética “indirecta” de la economía, emerge hoy una lucha por la ética económica en general. RICH, A., *Wirtschaftsethik*, 1984; véase también KOSLOWSKI, P., *Gesellschaftliche Koordination. Eine ontologische, kulturwissenschaftliche Theorie der Marktwirtschaft*, 1991; ROTHCHILD, K.W., *Ethik und Wirtschaftstheorie*, 1992; NUTZINGER, H.G., *Das system der natürlichen Freiheit* bei SMITH, A. und seine ethischen Grundlagen, en *Ökonomie und Gesellschaft*, 9 (1991), pp. 79 y ss. Desde un punto de vista teórico y sistemático, ésta constituye una forma propia de la limitación de la libertad económica y una parte de la constitucionalización del mercado en el Estado constitucional.
44. Cfr. SCHLECHT, O., *Grundlagen und Perspektiven der sozialen Marktwirtschaft*, 1990.
45. Para la literatura más reciente en materia de reconciliación o de condena del “espíritu del capitalismo democrático”, véase: NOVAK, M., *Der Geist des demokratischen Kapitalismus*, 1992; o también H. ASSMANN-F.J. HINKELAMMERT, *Götze Markt*, 1992.

deba ser realizada, a través de la economía o eventualmente contra ésta, pueden ser muy diversas: si se piensa, por ejemplo, en la confrontación entre Estados Unidos de Norteamérica y Alemania (si se considera la “renta dinámica” y el derecho de “cogestión”, *cfr.* Trib. Const. Fed., E 50, 290). Sin embargo, tendencialmente, el “capitalismo” no ha sobrevivido en ningún Estado constitucional europeo. Allí donde éste parece re-emergir en su forma originaria, por ejemplo, en el curso de la actual fase de transformación de algunas sociedades post-comunistas, como en Rusia, éste muestra un rostro espantosamente fiero y, precisamente de este contraste, se entiende en qué medida la vida económica del Estado constitucional se haya alejado del “capitalismo”. También allí donde la economía social de mercado no constituye una finalidad constitucional expresa, del mismo modo, la garantía de su existencia está objetivamente asegurada por “piezas de mosaico”, tales como las libertades económicas, sociales y culturales, o el derecho constitucional en materia social y del trabajo. Los derechos fundamentales “del” trabajo, por ejemplo, la protección frente al despido, el derecho a condiciones de trabajo respetuosas de la dignidad humana, la seguridad social (y, es decir, la “política social”) transforman la economía de mercado en la “economía social de mercado” y confieren así al Estado constitucional una parte esencial de su legitimación. El mercado se convierte en un espacio *social y cultural*, al interior del cual la dignidad del hombre no es solamente postulada sino también practicada. El Estado constitucional indica la “tercera vía” entre “el rechazo del Estado” y el “rechazo del mercado” (por decirlo con frases ya conocidas) en las estructuras desarrolladas por el “propio” mercado y, es decir, en las funciones positivas que deja que se realicen mediante una eficiente economía de mercado y en las correcciones que debe siempre aportar a través de principios jurídicos sustanciales o procesales. El nuevo balance de los intereses de los empleadores y de los trabajadores, individualizado en aquel instrumento de la autonomía tarifaria que constantemente es puesto en discusión, constituye un fundamento de la economía “social” de mercado. Sería necesario recibir con mayor vigor la idea anglosajona de *caring, sharing society*.

### 1.7 Las consecuencias político-constitucionales: ¿la “economía social de mercado” como fin constitucional o la constitucionalización de sus principios individuales?

Es necesario traducir en la práctica las adquisiciones de la teoría constitucional, es decir, logrando concretas decisiones en el plano político-constitucional. Esto vale también para el mercado y para la economía de mercado. Una vez que ellos sean revelados, en las estructuras

normativas y en las funciones positivas, como elemento constitutivo integrante de la sociedad pluralista del Estado constitucional en el grado actual de desarrollo (también en la “relación hacia el exterior”) y una vez que los límites relativos (en tutela “del otro” y del proceso político) sean evidentes, se coloca la cuestión de cómo los constituyentes deben hoy afrontar tal tema. Los espacios de elaboración y la libertad de acción de cada una de las naciones y de los pueblos tienen diverso tamaño, según la historia y el “temperamento”, la posición geográfica y las culturas constitucionales individuales; de cualquier modo, es posible mencionar algunas máximas de “buena política constitucional” en materia de mercado y de economía de mercado: sea sobre la base del material empírico ofrecido por los textos hasta ahora adoptados como a la luz de los derechos fundamentales o de las teorías del Estado constitucional.

La pregunta esencial es si la “economía social de mercado”, entendida como fin fundamental constitucional, debe figurar en vía preliminar en el preámbulo de la Constitución (como en la Constitución húngara de 1989) o en la lista de los principios fundamentales de la Constitución, junto a los otros “fines del Estado”, tales como la democracia, el Estado de derecho y la protección del ambiente. Además, se considera también la forma que se va a atribuir a la cláusula general sobre el pluralismo, teniendo como objeto la economía (así el proyecto de la Constitución de Ucrania, 1992). Por amplios que puedan ser los posibles desarrollos de la “economía social de mercado” en cuanto tal y por cuanto a lo social deba ser “dado un contenido” desde el Derecho del trabajo, desde el Derecho social, o desde el Derecho del ambiente, estimo que muchos elementos juegan a favor de un anclaje del principio, mediante una suerte de cláusula general, en los documentos constitucionales. De cualquier modo, esto vale para los Estados de la Europa “reformada”, para los cuales el mercado y la competencia y sus potencialidades representan una gran esperanza: la “otra orilla”. Para el resto, sea para tales países o para los países en vías de desarrollo del Tercer mundo, se recomienda la introducción de algunos elementos (añadidos) de la “constitución mixta de la economía” (HUBER)<sup>46</sup>; por ejemplo, bajo la for-

---

46. Cfr. la reciente entrevista sobre la *Zeit* de GALBRAITH, J.K.: “Ein gemischtes Wirtschaftssystem ist auf Dauer unausweichlich”, en *Die Zeit*, N.º 17 del 23 de abril de 1993, pp. 34, caracterizado por pasajes como: las enormes dificultades encontradas por la ex-Unión Soviética en el camino que llevaba del socialismo real a la economía de mercado, si bien no a un capitalismo puro — aquél no lo tenemos ni siquiera nosotros — sino a una economía pragmáticamente mixta...”; o: “[...] en la medida en que la aproximación neoclásica deja todo al mercado y no prevé ningún rol — ni siquiera mínimo — para el Estado, esto está claramente muerto. Una cosa sabemos sobre el capitalismo moderno: que funciona sólo gracias a una vinculación pragmática entre acción del Estado y solicitud del mercado”; finalmente: “[...] siempre he estado convencido del hecho que una economía mixta sea inevitable”.

ma de un pluralismo de los tipos de propiedad. Bajo esta perspectiva, se dice que la Constitución portuguesa (Art. 80-95) ha introducido en el texto constitucional *muchas* disposiciones en materia de economía (el concepto de "democracia económica" que, para el Art. 2.º, es discutible) mientras la Ley Fundamental alemana ha previsto muy *pocas*<sup>47</sup>.

En cada caso, es irrenunciable una disciplina de los *elementos* constitutivos del principio constitucional del "mercado", tales como, de un lado, las libertades económicas (por ejemplo, la propiedad, la libertad contractual, sindical y de empresa), los derechos fundamentales del trabajo y de la seguridad social (por ejemplo, el derecho de huelga, la garantía de la dignidad del hombre para los trabajadores, la protección del despido) y, del otro, las disposiciones dirigidas a la protección del ambiente. Como problema constitucional, también debe tomar en consideración al mercado en lo que concierne a los derechos fundamentales (comprendidos los "límites" para prevenir eventuales abusos) y, por ello, referido a los fines del Estado (en materia de trabajo, de sociedad y de ambiente), y la disciplina correspondiente debe ser introducida en los textos constitucionales. Cada legislador constitucional debería estar abierto a las innovaciones (*cfr.*, por ejemplo, el Art. 80.º, literal a, de la Constitución de Portugal: subordinación de la fuerza económica al poder democrático del Estado; el Art. 12.º de la Constitución de Brema: "El hombre es puesto en posición más elevada respecto a la técnica y a las máquinas"; el Art. 24.º de la Constitución de la Renania del Nor-Wesfalia. "El bien del hombre es puesto al centro de la vida económica"; el Art. 124.º de la Constitución del Perú\*:

"[...] El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades").

Quizá la teoría constitucional del mercado puede ser parcialmente introducida en la lista de las finalidades educativas: ello ocurre ya, indirectamente, en la medida que cada una de las constituciones de los *Länder* alemanes ha recogido últimamente el principio de la "plena conciencia de la responsabilidad frente a la naturaleza y al ambiente" (*cfr.* el Art. 33.º de la Constitución de la Renania-Palatinado, el Art. 131.º, numeral 2, de la Constitución de Baviera, el Art. 28.º de la Constitución de Brandeburgo). Asimismo, fines educativos que pueden aparecer como pasados de moda ayudan a forjar el derecho constitucional en materia de mercado: cuando se

---

47. *Cfr.* mi solicitud de incluir la economía social de mercado en la Ley Fundamental modificada como constitución de la Alemania unida. A propósito, *cfr.* JZ 1990, pp. 358 (361).

\* Se refiere a la Constitución Política del Perú de 1979, derogada por el texto constitucional de 1993. (Nota del traductor).

emplean fórmulas que exaltan “el comportamiento civil y la capacidad profesional” (Art. 33.º de la Constitución de Renania-Palatinado), o el rol ejemplar de los “grandes benefactores de la humanidad, del desarrollo del Estado, de la economía, de la civilización y de la cultura” (Art. 56.º, numeral 5, de la Constitución de Assia), la “legalidad y verdad” (Art. 56.º, numeral 4 de la anterior) o, más recientemente, los derechos humanos (Art. 72.º de la Constitución de Guatemala). El *ethos* de los derechos humanos no debería detenerse frente a la vida económica. La cultura económica del Estado constitucional presupone un mínimo ético, entendido como principio de reciprocidad, el cual se ha afirmado en la cultura jurídica civilista (por ejemplo, en las cláusulas generales sobre la moral y la buena fe) así como en la previsión de los delitos económicos. Es necesario ser “educados” para todo esto y ello refuerza la tesis del mercado como parte del *status civilis culturalis*.

## 1.8 Perspectivas

El mercado y la economía de mercado constituyen actualmente un tema central “interno”, del derecho constitucional. Los textos de los clásicos, de SMITH a POPPER, aquí entendidos como textos constitucionales en sentido lato<sup>48</sup>, y los grados de evolución en sentido restringido (en relación a aquellos clásicos a los que van a menudo unidos), no proveen sólo simples indicaciones problemáticas. Ellos muestran —en su conjunto— que en la vida económica están en juego tanto una parte de la libertad cultural como también el bienestar general y la justicia. Demuestran, después, cómo el Estado constitucional no crea espacios “naturales”, pero constituye ámbitos culturales. En otros términos: la sociedad pluralista se reconstituye constantemente también por el modo en el cual ella crea, con el consenso ético-jurídico (que es también parte de la “ética económica”), normas-cuadro e institutos jurídicos para la economía y los traduce seriamente en la legislación ordinaria, y cómo hace efectivo el principio del Estado social (por ejemplo, en el derecho del trabajo y en el derecho social), de modo tal que la economía de mercado se pueda convertir, como aspecto del bien común, en economía *social* de mercado. El mercado y la competencia significan mucho, pero no es todo, para la “sociedad abierta”. El *homo oeconomicus* es sólo una verdad parcial. La apertura del proceso democrático de formación de la voluntad no puede ser falseada por el abuso del poder económico.

---

48. A este propósito, HÄBERLE, P., *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

Las estructuras de división de poderes, trasladadas del Estado a la economía (por ejemplo, las leyes antitrust y las leyes sobre la concentración de la prensa), deben ser funcionales a aquel proceso. En estos términos, la política de la competencia se convierte en "política democrática" y, al mismo tiempo, en un servicio para la economía social de mercado.

La teoría constitucional del mercado debe confrontarse hoy, no obstante cuanto hasta ahora se ha realizado, con nuevos desafíos: la ecología debe transformarse en economía dentro de una relación de "concordancia práctica", tal como ha sido indicado programáticamente desde algunas previsiones normativas sobre los fines del Estado (véase el último proyecto de Constitución de Turingia de abril de 1993, donde en el Art. 38.º se dispone que: "El ordenamiento de la vida económica debe corresponder a los principios fundamentales de una economía social de mercado vinculada al respecto de la ecología"). Además, la democracia pluralista puede sobrevivir solamente si sabe colocarse, de modo responsable, frente a los desarrollos que se llevan a cabo en los nacientes Estados constitucionales de la Europa del Este, ayudando a los procesos de transformación<sup>49</sup>. La teoría constitucional del mercado, atemperada por los deberes sociales y por la obligación del respeto del ambiente, debería convertirse en *praxis* constitucional "vivienda" en el mundo entero. Así, el modelo euro-atlántico del Estado constitucional habría demostrado una vez más que éste asume el valor de la dignidad del hombre como base cultural y antropológica, que comprende la democracia pluralista como consecuencia organizativa de tal dignidad y que actúa —a favor de la justicia y del bien común— por el "bienestar de las naciones", sin caer jamás en el "economicismo". El que, de otro lado, puede ser evitado gracias a la moralidad y a la idealización que caracterizan la convivencia republicana de los ciudadanos en (y en virtud de) un Estado constitucional. Por el contrario, el economicismo desprecia también aquello que los hombres de la Europa del Este han tentado en las (generalmente pacíficas) revoluciones de 1989, habiendo quizá ya en mente una perspectiva cosmopolita pero, en todo caso, con consecuencias para toda la sociedad mundial.

---

49. Véase mi *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa* cit., pp. 169 y ss.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL INSTITUCIONALIZADA  
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL \*

- I. EL TCFA COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – COMO “TRIBUNAL SOCIAL”, *SUI GENERIS*, SU PAPEL EN LA GARANTÍA Y ACTUALIZACIÓN DEL CONTRATO SOCIAL (SOBRE TODO, COMO CONTRATO GENERACIONAL)
- 1.1 El TCFA como “tribunal constitucional” – como “tribunal social” *sui generis*

**F**ormalmente considerado, el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA, en adelante), tiene todas las características de un tribunal, en su propia terminología (sobre esto, BVerfGE 18, 241), “estatal”, es decir, se basa en una ley estatal y el Estado regula, o influye en, el nombramiento de los jueces. Es, sin embargo, bastante más: es un tribunal constitucional, es decir, competente para controversias materialmente constitucionales especificadas enumerativamente. El peso total de esta afirmación se aclara sólo

---

\* Publicado en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, N.º 5, 2001. Traducción del alemán de Joaquín Brage Camazano.

a partir de una precisión del concepto de Constitución. Una "Constitución" es el ordenamiento básico de Estado y sociedad; no es sólo restricción del poder estatal, sino también habilitación al poder estatal. Comprende al Estado y la sociedad. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde un principio más allá del dogma de la separación Estado/sociedad.<sup>1</sup>

El hecho de que el TCFA sea un "tribunal constitucional" del conjunto de la *res pública*, tiene consecuencias muy concretas para cuestiones particulares, por ejemplo respecto de la recusación de los jueces [sobre ello, *BVerfGE* 35, 171 (246); 89,28]; tiene, además, como consecuencia que el Tribunal no se puede amarrar a una teoría o Escuela, sino que debe esforzarse por una integración pragmática de elementos teóricos. Para ello, todo juez constitucional docente debe guardarse de consagrar "sus" teorías en las sentencias.

Esta relación materialmente constitucional de la jurisdicción constitucional tiene consecuencias sustantivas y procesales: por ejemplo, en su compromiso con el modelo del pluralismo y en la exigencia de construir el Derecho procesal constitucional a la vista de los instrumentos pluralistas de información y participación.

La creciente política del TCFA de adquisición de información plural hay que verla en este contexto. También la elección de los jueces constitucionales, del espectro de todos los partidos (y es de esperar que en el futuro vaya más allá de éstos), inserta de un modo efectivo al pluralismo en el proceso constitucional (y ejerce una influencia sobre él). Ello es presupuesto para un timonaje de la sociedad por parte del Tribunal Constitucional y "su" Derecho. Aquí se produce un efecto recíproco: cuanto más interviene el TCFA en el proceso de conducción de la sociedad abierta, tanto más se adhiere la sociedad a él, quiere hacerse escuchar "en Karlsruhe" [sede del TCFA]. Hasta qué punto es así se comprobó en el asunto de la cogestión: casi se percibían (1978) las líneas de fuerza de la opinión pública de la sociedad en la Sala de sesiones (*BVerfGE* 50, 290).

---

1. Resaltándolo ya, HÄBERLE, P., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 435 y ss. Sobre la jurisdicción constitucional en el extranjero: KÄLIN, W., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, 1987; AUER, A., "Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit", *JÖR (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart)*, 40 (1991/1992), pp. 111 y ss.; LUCHAIRE, F., *Le Conseil Constitutionnel*, 2.ª ed., 1991; FAVOREU, L./LOIC, P., *Le Conseil Constitutionnel*, 2.ª ed., 1991; STARCK, C./WEBER, A.(eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986; E. Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, 1995; HORN, H.-R./WEBER, A.(ed.), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, 1989; FROWEIN, J.A./MARAUHN, T. (eds.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, 1997.

Este planeamiento conduce a un “nivel” ulterior. Hay que ver al TCFA en su relación intensa con la totalidad de la sociedad: es un “tribunal social” *sui generis* y en sentido amplio. A través de su jurisprudencia se abre a la variedad de ideas e intereses —la asume—, y viceversa, guía él a la sociedad. Considerando la elección de los jueces, la aplicación de su Derecho procesal constitucional y los resultados materiales de la interpretación [por ejemplo, en la estructuración de aspectos parciales de la sociedad sobre el “efecto frente a terceros” de los derechos fundamentales, últimamente *BVerfGE* 95, 28 (37)], es más un Tribunal del conjunto de la sociedad que uno “estatal”. ¡Ello tiene consecuencias de más alto nivel, pero también para el trabajo diario del Tribunal!

El TCFA y su Derecho procesal consiguen una relación única con la sociedad.

Su actividad —transformadora de Estado y sociedad— se deriva en un sentido general de que es el Tribunal de la Constitución —y la Ley Fundamental regula no sólo al Estado, sino también, en su estructura básica, a la sociedad, a la que transforma en “sociedad constituida”. De un modo específico, el TCFA actúa, además, de manera muy especial y consciente, intensiva y amplia en el ámbito de la *res publica*, entre el “Estado” y el “particular”, al que se puede llamar la “sociedad” o el ámbito de lo público —pluralista—. Así se muestra no sólo en la efectivización de los derechos fundamentales desde la vertiente procesal [sobre ello, *BVerfGE* 46, 325 (333); 53, 30], sino también, en su práctica procesal, al servirse cada vez más de los instrumentos de información y participación del Derecho procesal constitucional. Adquiere informaciones a través de una diferenciada *praxis* de audiencias y de formas niveladas de participación con relación a los grupos pluralistas, organizaciones como el DGB\*, las Confederaciones de empresarios y las Confesiones religiosas, etc. [por ejemplo, *BVerfGE* 50, 57 (69 y ss.); 51, 115 (119 y ss.)]. Con ello, “penetra” el Tribunal en el ámbito de la sociedad, asume ideas e intereses de ese ámbito, los “oye” y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta. Por esta vía tiene que apoyarse en la doctrina científica. El Derecho procesal constitucional se abre a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”; se transforma en su *medium*, sobre todo allí, donde el Parlamento ha fallado.

Del mismo modo que el itinerario de la ley parlamentaria fue históricamente, y es (también en el Estado constitucional), el intento de una

---

\* DGB es el “*Deutscher Gewerkschaftsbund*” o Confederación de Sindicatos alemanes. (Nota del traductor).

transformación de lo social en lo estatal, se constatan ahora fenómenos — limitadamente— paralelos en los procesos ante el Tribunal constitucional.

Formulado de otro modo, el TCFA se aproxima a la sociedad de dos modos: la guía de manera creciente por medio de su copiosa jurisprudencia (por ejemplo, sobre el “efecto frente a terceros” y la objetivización de los derechos fundamentales), la estructura y la transforma, a su manera, en una parte de la “sociedad constituida”. Justamente a causa de esta relación con la sociedad se ve en la necesidad de llevar en su Derecho procesal a la sociedad ante su foro: así puede comprobarse en la *praxis* de información y participación pluralistas, sobre todo, en los “grandes procesos” [como en el proceso del *numerus clausus*: *BVerfGE* 33, 303 (318 y ss.)], pero también en procesos más pequeños. Llevado al extremo puede formularse: el TCFA gana un poco el carácter de un “tribunal de (toda) la sociedad” de un tipo especial. Pierde en la tradicional estatalidad en la medida en que es un factor en el proceso de constitución de la sociedad. Es un “tribunal constitucional” más allá de la separación del Estado y la sociedad, de los tribunales estatales y “sociales” (como los llamados tribunales deportivos). El TCFA se toma en serio a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”: no sólo procedimentalmente, es decir, en el Derecho procesal constitucional, sino también materialmente, en su interpretación constitucional, en la que se hace eco de manifestaciones del Gobierno federal (por ejemplo, declaraciones gubernamentales), de la propia comprensión de las Confesiones religiosas [*BVerfGE* 42, 312 (331); 46, 73 (95) ó 83, 341 (356)] o de argumentos de una asociación como la Confederación “Libertad de ciencia” o de una institución como el Consejo de la Ciencia [cfr. *BVerfGE* 47,327 (384 y ss.)].

## 1.2 La jurisdicción constitucional “en” el contrato social: El TCFA como regulador en el proceso continuo de la garantía y actualización de la Constitución como contrato social

La tesis reza: el TCF tiene una específica responsabilidad colectiva en la garantía y actualización de la Constitución como contrato social; codirige su proceso continuo; está vinculado en ello por el principio del pluralismo.

El modelo del contrato social —clásico patrimonio común europeo— es, en el sentido aquí utilizado, un modelo de pensamiento, un principio heurístico con la finalidad de garantizar la libertad personal y la justicia pública. No es ciertamente ninguna “horma” con arreglo a la cual se pueda tallar toda la realidad de una Constitución como proceso público; pero pue-

de dar respaldo al adecuado dominio de dichas cuestiones políticas o jurídico-constitucionales básicas libre de "*vereinseitigende Setzungsideologien*"\*.

Su extensión al Tribunal Constitucional puede parecer osada a algunos; hasta donde sé, no se ha ensayado hasta ahora. El contrato social es tan viejo como relativamente joven es la (independizada) jurisdicción constitucional. Uno y otra no han sido todavía puestos en relación recíproca. Ésta puede ser una oportunidad. Debía ser aprovechada. La teoría clásica del contrato social ha servido a lo largo de la historia como modelo de explicación y justificación de los más diferentes contextos (desde J. LOCKE hasta J.-J. ROSSEAU, desde I. KANT hasta la discusión sobre el consenso básico). ¿Por qué no iba a poder desplegar un valor informativo para nuestros problemas, para las cuestiones de la jurisdicción constitucional, para la actualización de la Constitución?

### **1.3 Posibilidades y límites de la funcionalidad del TCFA: el TCFA en el marco de la cultura política del ordenamiento básico liberal democrático de la Ley Fundamental**

La cuestión de las posibilidades y límites del TCFA en el marco de la cultura política del ordenamiento básico liberal-democrático de la Ley Fundamental, nos hace retornar al punto de partida. Hay que valorar de manera positiva lo que el TCFA ha hecho jurídicamente en un plazo relativamente corto de tiempo por, y a través de, (los) juristas; y no menos lo que ha rentado ello al proceso político — en parte emprendido, en parte "estimulante" ("política de orientación"). La cuestión es sólo si, y en qué medida, el Tribunal y el conjunto del sistema no se ven quizás excedidos a la larga, si no debe — y puede — ahora contenerse en mayor medida conforme a los resultados constructivos en el campo de los derechos fundamentales y de la política del Estado federal de las primeras décadas, sobre todo frente al legislador democrático, para no coartar demasiado, o "echar a perder", la cultura político-democrática desde la justicia del Estado de Derecho.

¡La jurisdicción constitucional no es, a fin de cuentas, ni un seguro de vida jurídico ni político! Su desarrollada concepción política y pluralista está ligada a toda la cultura de nuestra república. Ello la dota de funciones positivas, pero conduce también a límites (un límite de la jurisdicción cons-

---

\* La expresión alemana entrecorrida en el texto original alemán es difícilmente traducible, pero se refiere a aquellas ideologías que desconocen que la Constitución no es una simple y desnuda positivización de una decisión en el sentido del "decisionismo". (Nota del traductor).

titucional se deriva también de que sólo actúa a instancia de parte, no de oficio. Debe ser “incitada” por los ciudadanos o fuerzas políticas). Esto merece algunas consideraciones.

La jurisdicción constitucional desarrollada es, como el federalismo, parte de la cultura política, especialmente en los EE.UU., al igual que ahora en Alemania. La “cultura política” es aquí entendida como un concepto complejo (empírico-normativo), no como ningún esquema libre de valores. Puede ser alumbrado a través de investigaciones demoscópicas sólo muy puntualmente. La “cultura política” ciertamente abarca a las ideas subjetivas, experiencias y expectativas de los ciudadanos con relación a las instituciones de su sistema (en tanto que “constitución interna” de un pueblo); pero a ella pertenece también su actuar objetivado, pertenece el proceder de los responsables políticos, la *praxis* parlamentaria, también la función de los tribunales, pertenece el grado real de libertad individual y de pluralismo vivido, pertenecen tópicos y asuntos desde la carta al director hasta las iniciativas ciudadanas, desde la entrada en un Sindicato hasta la pertenencia a una confesión religiosa y la asociación de artistas, desde la compra y lectura de libros, hasta el estudiar como elementos de la cultura constitucional vivida. El TCFA ha realizado *par excellence* una parte del “trabajo de educación y formación política” (“pedagogía constitucional”, principios constitucionales “como” objetivos educativos) en el campo de los derechos fundamentales, pero también en el del federalismo en sus prescripciones sobre el actuar de los órganos constitucionales, unos respecto de otros (palabra-clave: “lealtad federal”, consideración recíproca de los órganos constitucionales unos respecto de otros – *cfr.* BVerfGE 12, 205 [254 y ss.); 35, 193 (199); 36,1 (15); 45, 1 (38 y ss.); últimamente, 81, 310 (337); 92, 203 (230 y ss.)]. Precisamente si no se puede “implantar” la cultura política (al igual que la estatalidad cultural) de la noche a la mañana, corresponde a la jurisdicción constitucional un papel central en este lento proceso de crecimiento – uno tal es el de la Constitución.

Sencillamente, la fuerte raigambre ético-civil y público-cívica de la jurisdicción constitucional, especialmente del amparo constitucional alemán (TCFA como “tribunal de los ciudadanos”), su labor de identificación en la relación de los ciudadanos y la Constitución y, por ello, su colaboración en la constitución de la cultura política, oculta también un aspecto negativo: la jurisdicción constitucional bajo la Ley Fundamental puede indicar también una desconfianza apolítica frente a la democracia y una confianza desproporcionadamente grande en la jurisprudencia. La fe alemana en la jurisdicción constitucional no puede convertirse en la incredulidad de la democracia. Dicho de otro modo, la relación hoy positiva con la jurisdicción constitucional no debería absolutizarse; no puede tener, a modo de correspondencia

reflejada en un espejo, una relación negativa con el pluralismo de intereses, con las —necesarias— limitadas situaciones de conflicto, con los propios resultados del proceso abierto, político-democrático ni recrudescerse en una no-relación, como no pocas veces “las bellas letras”. Esta consideración remite a la pluralidad de tareas que quedan por hacer al político, al empresario, al educador, al literato republicano, al ciudadano, a todos nosotros por relación con nuestro ordenamiento liberal —sin privar a la jurisdicción constitucional en absoluto de su brillo. ¡No sólo la jurisdicción constitucional, sino también todos nosotros somos (políticamente) “Guardianes de la Constitución”!<sup>2</sup>.

Resumidamente, se puede decir: la función de la jurisdicción constitucional es la restricción, racionalización y el control del poder estatal y social; es cooperación material en el consenso básico; estriba en toda nueva protección de las minorías y los débiles, en reaccionar tempestiva y flexiblemente a los nuevos peligros para la dignidad del hombre, en su carácter de respuesta y guía no apolíticas<sup>3</sup>.

- 
2. Las consideraciones aquí expuestas las ha desarrollado el autor en 1979 (*Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979 pp. 425) EBSEN, I. las ha actualizado en 1985 (*Das BVerfGE als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, pp. 192) en la tesis de que la determinación de la función (en la literatura, también GRIMM, D., “Verfassungsgerichtsbarkeit, Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat” en HOFFMANN-RIERN, W. (eds.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, T. 2, 1977, pp. 83 y ss.) y la legitimación de la jurisdicción constitucional deberían despedirse de la idea de un *punto arquimédico* fuera del proceso político, del cual pueda derivarse seguridad frente a éste. El TCF debe conceptuarse como instancia relativamente autónoma de orientación. Y A. V. BRÜNNECK, en afinidad electiva a todo ello, opina (*Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992, pp. 146) que la jurisdicción constitucional no se encuentra con el consenso ya dado, sino que coadyuva para que el consenso constitucional, puesto objetivamente en cuestión de manera permanente a través de la amplia validez del principio de las mayorías en el Estado social, sea constantemente reformulado. Sobre todo ello, ahora, HALTIERN, U.R., “Integration als Mythos”, *JÖR (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart)* 45 (1997), pp. 31 y ss.
  3. Cfr. ya mi parecer en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39, (1981). En general, en la literatura: ROELLECKE, G., “Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgericht im Verfassungsgefüge”, *Handbuch des Staatsrecht*, T. II, 1987, pp. 665 y ss.; KORINEK, K./MÜLLER, J.P./SCHLAICH, K., “Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 39 (1981), pp. 7 y ss.; STARCK, C./ STERN, K. (eds.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, 3 tomos, 1983; D. Franke, “Verfassungsgerichtsbarkeit in den Ländern”, *Festschrift Mahrenholz*, 1994, pp. 923 y ss.; HESSE, K., “Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel”, *Juristen Zeitung*, 1995, pp. 265 y ss.; M. SCHULTE, “Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, pp. 1009 y ss.; H. SCHULZE-FIELITZ, “Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 122 (1997), pp. 1 y ss.; A. RINKEN, “Verfassungsgerichtsbarkeit als Arena politischer Justiz”, en A. GÖRLITZ (ed.), *Politische Justiz*, 1996, pp. 91 y ss.

## II. POLÍTICA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

### 2.1 Problema

La marcha triunfal de la jurisdicción constitucional es hoy mundial. Tras la institución pionera de Austria o de H. KELSEN (1920), pertenece a los elementos del Estado constitucional que han sido recibidos de variadas formas ulteriormente desarrollados, también cambiados y sometidos de nuevo a ensayo constantemente. La Suprema Corte de EE.UU. sirve, a su modo, de modelo, sea en su política jurídica, en cuanto a que, por ejemplo, en Alemania actualmente (1996-1997), se pondera prever un procedimiento de libre admisión para evitar una sobrecarga del TCFA respecto de los amparos constitucionales, sea en su doctrina, constantemente discutida, (por ejemplo, la teoría de la "preferred freedoms"<sup>4</sup>). Ello es también una razón por la que una teoría constitucional comparativa debe hacer suyas, y cuestionar, por lo menos, algunas palabras-clave que haya que tratar como temario en materia de jurisdicción constitucional en el actual estadio de desarrollo del Estado constitucional. La siguiente selección resulta fragmentaria, la desbordante literatura<sup>5</sup> no es ni siquiera someramente "arrastrada". Y ello no sólo por necesidad, también por virtud: la teoría constitucional concebida como ciencia textual y cultural trata primariamente los textos constitucionales recogidos selectivamente de la amplitud del espacio y del abismo del tiempo y los transforma selectivamente en "literatura" para descomponer el potencial científico y de experiencia acumulado en textos; las cuestiones político-constitucionales deberían ser planteadas con ayuda de los materiales textuales y darse posibles respuestas que se pudieran agrupar tipológicamente en determinados ciclos temáticos.

- 
4. Sobre ello, JAAG, T., "Preferred Freedoms", en *Schweizerischen Verfassungsrecht. Études en l'honneur de J.-F. Aubert*, 1996, pp. 355 y ss.; véase, también, E. KLEIN, "Preferred Freedoms-Doktrin und deutsches Verfassungsrecht", *Festschrift Benda*, 1995, pp. 135 y ss.
  5. Cfr. SCHLAICH, K., *Das Bundesverfassungsgericht*, 4.ª ed., 1997; HÄBERLE, P. (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976; STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. II, 1980, pp. 341 y ss.; STARCK, C. (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 2 tomos, 1976; ROELLECKE, G., "Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgericht in der Gerichtsbarkeit", *Handbuch des Staatsrecht*, T. II (1987), pp. 665 y ss.; SIMON, H., "Verfassungsgerichtsbarkeit", *Handbuch des Verfassungsrecht*, 2.ª ed., 1994, pp. 1637 y ss.; HESSE, K., *Grundzüge*, Op. cit., pp. 239 y ss. (278 y ss.). Para Suiza: AUER, A., *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1984 (sobre ello, mi contribución: "Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich", *Die öffentliche Verwaltung*, 1986, pp. 830 y ss.). Es interesante desde un punto de vista histórico: SÄCKER, H., "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Konvent von Herrenchiemsee", *Festschrift Zeidler*, 1987, pp. 265 y ss.

Al respecto, resulta evidente que los “modelos” o textos no pueden ser recepcionados sin más. Cada concreta cultura constitucional de un país se ha formado “individualmente” y debe ser respetada como “autónoma”. Así, Francia no puede recepcionar sin más el modelo de los EE.UU.: su Consejo Constitucional funciona ya bien en la cauta extensión de sus competencias. Debe, así también reclamarse prudencia para la Europa del Este; la Edad constitucional que allí alborea, que al mismo tiempo es una época de la nueva jurisdicción constitucional (a la que se anticipó Polonia ya antes del viraje de 1989<sup>6</sup>), resulta precaria. Por otro lado, honra oír que los Jueces sudafricanos pidieron consejo en 1996 en Karlsruhe al TCFA y que el Tribunal constitucional sudafricano fue incluso intercalado en el proceso constituyente para insistir en el cumplimiento de todos los *Constitutional Principles* de la Constitución provisional de 1993 en la ya definitiva de 1996 (cfr. Cap. V, art. 66, apartados 2 y 4).

## 2.2 Tres esferas problemáticas: elección de los jueces, competencias y votos particulares a la luz de la comparación de niveles textuales (una selección)

### 2.2.1 La elección de los jueces

La elección de los jueces<sup>7</sup> es uno de los campos problemáticos más peliagudos de la jurisdicción constitucional actual. Cuantas más competencias escritas o tácitas asume ésta, tanto más pretenden tener influencia en la elección de los jueces determinadas fuerzas políticas de la sociedad abierta. Puesto que, en Alemania, el TCFA se ha ganado, a base de esfuerzo, un lugar tan central en el conjunto del sistema del “Estado y la sociedad”, “Constitución y contrato social” y también frecuentemente la política de Bonn descarga, de excesivo buen grado, sus problemas en Karlsruhe [sede del TCFA], la discusión sobre la elección de los jueces constitucionales de la

6. Sobre ello, GARLICKI, L., “Vier Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen (1986-1989)”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 39 (1990), pp. 285 y ss.

7. En la literatura: GECK, W.K., “Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter”, *Handbuch des Staatsrecht*, T. II (1987), pp. 697 y ss.; BILLING, W., *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht – ein Beitrag zum Thema Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1969; TRAUTWEIN, L., *Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern*, 1994. Véase, también, FRANK, H., “Die ‘neutralen’ Richter des Bundesverfassungsgerichts”, *Festschrift Zeidler*, 1987, pp. 163 y ss.; STERN, K., “Gedanken zum Wahlverfahren für Bundesverfassungsrichter”, *Ged.-Schrift für Geck*, 1989, pp. 885 y ss.

Federación debería conducirse más franca y abiertamente que hasta ahora. Sobre todo, habría que ensayar modelos alternativos.

Aquí viene en consideración, por un lado, el *Hearing* público de los candidatos<sup>8</sup>. El modelo de los EE.UU. (audiencia ante el Senado) ha hecho surgir en la práctica, desde luego, algunas dudas. Queda por ver cómo opera el audaz ensayo de la Constitución de Brandenburgo (1992): su artículo 112, apartado 4, frase 4.<sup>a</sup> prevé “una audiencia, antes de la elección, en una Comisión a determinar por el Parlamento del *Land*”. Previamente, la frase 2.<sup>a</sup> del mismo precepto exige, con relación a la elección, “esforzarse para que las fuerzas políticas del *Land* estén representadas de manera proporcionada con las propuestas”: un intento, digno de aplauso, de “pluralizar” el terreno de la elección de los jueces constitucionales.

Por otro lado, habría que cuestionarse si no hay modelos “mejores” para dotar de mayor carácter abierto y pluralidad a las elecciones. Al respecto, juegan buenas razones a favor del temprano “modelo italiano” de 1947, que también hace escuela en la Europa del Este desde el “viraje”. El art. 135, apartado 1.<sup>o</sup>, de la Constitución italiana prescribe el nombramiento de los 15 jueces como sigue: un tercio de los jueces elegidos por el Presidente, un tercio por el Parlamento y otro tercio por los jueces supremos ordinarios y de lo contencioso-administrativo<sup>9</sup>. La participación del Presidente, que de algún modo se sitúa de modo independiente por encima de los partidos políticos, es, a mi juicio, un modelo a tomar en serio. En Italia, ha dado manifiestamente buenos resultados, porque los Presidentes tuvieron permanentemente buena mano en la elección de juristas constitucionales de primera categoría ( los últimos, A. BALDASSARRE y G. ZAGREBELSKY).

En Europa del Este se encuentran “soluciones presidenciales” parecidas, en parte más amplias: el artículo 163, apartado 1.<sup>o</sup>, de la Constitución de Eslovenia (1991), por ejemplo, hace elegir a los jueces constitucionales “a propuesta del Presidente del Estado, por el Parlamento estatal”. La Constitución de Lituania (1992) hace intervenir al Presidente en la nominación de

---

8. Sobre ello mi temprano apoyo (1971) adhiriéndome a FRIESENHAHN, E. en *Das Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt*, coord. por FROWEIN, J.A./MEYER, H./SCHNEIDER, P., 1973, pp. 54 y ss.; ver, también, la contribución “Bundesverfassungsrichter – Kandidaten auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis öffentlicher Anhörung”, en GUGGENBERGER, B./MEIER, A. (eds.), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, 1994, pp. 213 y ss.

9. En la literatura, LUTHER, J., *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1990; DIE TRICH, M., *Der italienische Verfassungsgerichtshof*, 1995; ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, 2.<sup>a</sup> ed., 1988; recientemente, BONINI, F., *Storia della Corte Costituzionale*, 1996.

tres de los nueve jueces (artículo 103, apartado 1.º, frase 3). La Constitución de la República Checa (1992) determina en el artículo 84, apartado 2.º: “Los jueces del Tribunal Constitucional son elegidos por el Presidente de la República con la aprobación del Senado”. También el artículo 134, apartado 2.º, de la Constitución de la República eslovena (1992) da al Presidente un enorme poder. El artículo 147, apartado 1.º, de la Constitución de Bulgaria (1991) asume casi literalmente el “modelo italiano”. El artículo 128, apartado 1.º de la Constitución rusa (1993) concede el Presidente un derecho de propuesta (elección a través del Consejo de la Federación)<sup>10</sup>.

Las nuevas Constituciones de Europa del Este, que casi sin excepciones sitúan destacadamente a su tribunal constitucional en capítulos propios, conceden, ciertamente, al Presidente del Estado, en la mayoría de los casos, más amplias competencias en conjunto: la participación en la elección de los jueces constitucionales parece, por lo tanto, consecuente. En otras palabras, aunque haya sido un honor para la Ley Fundamental asumir el modelo italiano, debería cuestionarse si ello no contradice el recalcado estatus “sólo” representativo del Presidente federal alemán. La comparación jurídica al servicio de la política jurídica y constitucional debe siempre (y no puntualmente) proceder comparativamente y trabajar, en el sentido de E. Fraenkel, “funcionalmente”. Para ello, debería, por ejemplo, estar vinculada la posibilidad de los votos particulares con una exclusión de la reelección de los jueces constitucionales. Que también la Constitución francesa de De Gaulle fue —con su artículo 56, apartado 1.º ( tres de los nueve jueces son nombrados por el Presidente), que seguía en ello a Italia—, junto con la italiana, modelo en la Europa del Este, es algo que hay que presuponer.

### 2.2.2 Las competencias

Un análisis comparativo de niveles textuales permite constatar una impresionante expansión de las competencias de la jurisdicción constitucional en los distintos países. En algunos, es posible que haya operado el modelo alemán de la Ley Fundamental. Este poder competencial o funcional particular de la jurisdicción constitucional, que revela la confianza especialmente válida respecto de ella del constituyente, puede tener muchas razones de ser. Una de ellas reside en la esperanza de que precisamente la jurisdicción

---

10. La Constitución de Mongolia (1992) regula el modelo *por tercios* italiano con modificaciones (artículo 65, apartado 1.º). Parecidamente, el artículo 148, apartado 2.º, de la Constitución de Ucrania (1996); el artículo 88, apartado 2.º, de la Constitución de Georgia (1995). Véase, también, el artículo 95 de la Constitución de Armenia (1995).

constitucional prohibirá a tiempo los regímenes totalitarios que germinen y agregará al antitotalitario “consenso de los demócratas” un específico consenso antitotalitario de la jurisdicción constitucional. Puesto que, en Europa, el TEDH en Estrasburgo y el TJCE en Luxemburgo ya son, de algún modo, tribunales constitucionales (“nacientes”)<sup>11</sup>, a través de la jurisdicción constitucional se refuerza la estabilización, pero también el desarrollo ulterior, del Estado constitucional.

La Constitución de Portugal (1976/1992) dedica un capítulo propio a la jurisdicción constitucional (artículo 223 a 226) y prescribe sus competencias, por ejemplo en el ámbito político de los *referenda* y las consultas populares (artículo 225, apartado 2.º, letra f). La Constitución española (1978/1992) amplía todavía más las competencias y conoce también – al contrario que Italia – el amparo constitucional. Alemania, sin embargo, sigue a la cabeza en una comparación de las competencias de su Tribunal Constitucional Federal, si bien los países de la Europa del Este no son parcos (por ejemplo, artículo 160 de la Constitución de Eslovenia; artículos 127 y 132 de la Constitución de la República eslovaca; artículo 110 de la Constitución de Macedonia de 1991; artículo 125 de la Constitución croata de 1991; artículo 89 de la Constitución de Georgia de 1995)<sup>12</sup>. El amparo constitucional contra leyes y resoluciones judiciales sigue siendo, al igual que el control normativo abstracto, un rasgo especial del TFC alemán. Si las competencias de los tribunales constitucionales en los demás países de Europa se amplían o se reducen, y cómo lo hacen, es algo que depende, evidentemente, también de la autocomprensión y de la *praxis* de los propios tribunales.

### 2.2.3 *Votos particulares de los jueces constitucionales*

Los votos particulares, descubiertos – como es sabido – en los EE.UU. por los jueces de la que allí es la *Supreme Court*, son un tercer círculo problemático en el que la política constitucional, basada en un análisis comparativo de niveles textuales, en materia de jurisdicción constitucional, se reclama y

11. Cfr. WEIDMANN, K.W., *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgericht*, 1985; BERNHARDT, W., *Verfassungsprinzipien – Verfassungsgerichtsfunktionen – Verfassungsprozessrecht im EWG – Vertrag*, 1987.

12. Que la jurisdicción constitucional regional en los nuevos cinco *Länder* alemanes está bajo la influencia del TCF como modelo hay que mantenerlo: cfr. el artículo 80 de la Constitución de Turingia (1993); el artículo 53 de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania (1993); el artículo 75 de la Constitución de Sajonia-Anhalt (1992). Sobre el amparo constitucional, mi contribución en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 45 (1997), pp. 89 y ss.

se descubre. Desde la teoría constitucional aquí desarrollada, los votos particulares son consecuentes: son expresión de la “publicidad y carácter abierto de la Constitución”, de la apertura de sus intérpretes y del “pluralismo de la Constitución”, consecuencia, en último término, del tópico “tiempo y cultura constitucional”; posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de “pensar en posibilidades”<sup>13</sup>. Opera pacíficamente, porque, si se da el caso, la parte vencida se sabe, en el voto particular, “preservada”<sup>\*</sup> en el sentido de HEGEL; y abren una específica “ventana del tiempo”, por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría (así, paradigmáticamente, en el caso de W. RUPP VON BRÜNNECK, *BVerfGE* 32, 129, 142 y ss.). Por ello, son también una parte de la democracia. Practicados prudente y no vanidosamente, son, a mi juicio, el coronamiento de la jurisdicción constitucional en el Estado constitucional en el actual estadio de desarrollo. Especialmente en Alemania se han acreditado desde 1971 (paradigmáticamente, por ejemplo, *BVerfGE* 80, 137, 164 y ss.: equitación en los bosques), incluso —o precisamente— hace poco en la vehementemente discutida sentencia “anticrucifijo” (*BVerfGE* 93, 1,25 y 34 y ss.).

El análisis de los textos sorprende: mientras en Alemania una reforma de 1970 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal ha posibilitado el voto particular, en la Constitución Española de 1978 figura como institución ya en el propio texto constitucional formal (artículo 164, apartado 1.º, frase 1.ª). Lo que en Alemania es sólo una “acreditada” *praxis* sobre la base de una ley formal parlamentaria, en España se ha transformado o cuajado en un texto en el ámbito constitucional: una prueba de la fertilidad del análisis de niveles textuales aquí aplicado. En Suiza, el voto particular no se ha establecido todavía para el Tribunal Federal de Lausana —y ello a pesar del carácter abierto de sus deliberaciones, o precisamente por ello mismo! En Italia es hoy vivamente discutida su introducción, sobre todo en la órbita de la *Corte [Costituzionale]* en Roma. Puesto que los propios magistrados disidentes se imponen —*deben* imponerse— un considerable esfuerzo de fundamentación, ya que se hallan sometidos a una presión de legitimación<sup>14</sup>, los

13. HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998, pp. 558 y ss.

\* El término utilizado por HEGEL a que se refiere el autor es “*aufgehoben*”, que significa primariamente “anulado”, “abolido”, “cancelado”, “superado”, “suprimido”, etc., pero en este caso, con la referencia a la obra de HEGEL, la mejor traducción parece ser la hecha en el texto principal, rectificando, así, la más literal utilizada en la primera versión de esta traducción, ya mencionada. (Nota del traductor).

14. Sobre todo ello, HÄBERLE, P., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979 pp. 24 y ss. Véase, también MACHACEK, R., “*Pro und Kontra Dissenting Opinion*”, *Festschrift Adamovich*, 1992, pp. 361 y ss.; LAMPRECHT, R., *Richter kontra Richter*, 1992.

votos particulares también son de provecho para la ciencia. Además, pueden trabajar con el Derecho comparado más explícitamente<sup>15</sup>.

Evidentemente, hay también argumentos en contra de su inmediata introducción, por ejemplo, en los países de Europa del Este. Éstos, que se deben establecer como Estados constitucionales sólo en procesos de “entrenamiento” y socialización más largos, no pueden quizás permitirse “todavía” los votos particulares. El muy diferente pensamiento constitucional de los países de Europa Occidental es hoy, en la Europa del Este o incluso en los Estado reformados de Asia, demasiado prematuro. El argumento dirigido en contra de ellos en Alemania hasta 1970, de la “seguridad jurídica” que se pondría en peligro puede tener allí mayor peso que en la Alemania actual. Desde un punto de vista de política jurídica, se aconseja una introducción del voto particular en los “nuevos” Estados constitucionales en un momento ulterior, y, aun entonces, sólo cautelosamente. El hecho de que España se haya aventurado a ello de manera inmediata en 1978 dice mucho a favor de este país, pero no debería ser imitado sin más. Una vez más se muestra que, como ocurre con toda política jurídica y constitucional, hay que tomar en cuenta la correspondiente fase de crecimiento, las condiciones previas culturales y jurídicas y, no en último término, a los ciudadanos y su concreta situación<sup>16</sup>.

---

15. Aunque poco vistosamente, esta bien regulado el voto particular en el artículo VII, número 13 de la Constitución de Filipinas (1986), cuya frase 3 dice: “*Any member who took not part, or dissented, or abstained from a decision must state the reason therefore*”.

16. En Sudáfrica, también la Constitución de KwaZulu/Natal (1996) ensayó un Tribunal Constitucional (capítulo octavo) en sintonía con la Constitución de Sudáfrica (1996/1997). Esta da a su *Constitutional Court* amplias competencias (*Cfr.* artículo 167 de la Constitución de 1996).

## § 6

# LA REVISIÓN "TOTAL" DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SUIZA DE 1999/2000 \*

### INTRODUCCIÓN

Mientras que se observaba por los medios de comunicación europeos el reiterado fracaso de la gran reforma constitucional en Italia, incluso muchas veces con pesar, Suiza ha creado de manera más bien silenciosa, pero exitosa, una renovada Constitución Federal. Este hecho ha sido sólo registrado por una parte de la opinión pública europea, aunque esta nueva constitución merece que se le preste atención mucho más allá de los círculos especializados europeos. A pesar de que pone en paréntesis una serie de cuestiones conflictivas o las aplaza a futuro y a pesar de que pretende ser un mero "continuismo" (K. EICHENBERGER)<sup>1</sup>, es una constitución que comparada con otras constituciones recientes, como por ejemplo, la de España (1978) y la de Polonia (1997) es una obra impresionante en su totalidad y que representa de la mejor manera el tipo de Estado Constitucional en su actual grado de evolución. Si se agragan las revisiones totales de las consti-

---

\* Publicado en *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, julio-diciembre del 2000, N.º 1. Traducción del alemán de Carmen Zavala. Revisión de César Landa.

1. Ver EICHENBERGER, K., "Verfassung und Verfassungsreform", *JöR* (1998), pp. 55 y ss.

tuciones cantonales antiguas y más recientes, entonces se ratificará una vez más la imagen del “Laboratorio Suizo”<sup>2</sup>.

Como antecedentes históricos, sólo algunos breves detalles claves para el observador extranjero: La nueva Constitución Federal Suiza fue aprobada el 18 de abril de 1999 por el pueblo y los cantones. Con una participación electoral del 40 % de los ciudadanos aptos para votar, casi 60 % se pronunciaron a favor de la nueva constitución; de los cantones, 10 le dijeron no a la reforma y 13 se pronunciaron a favor. La Constitución ha entrado en vigor en una fecha simbólica: el 1.º de Enero del año 2000. Con ello fue reformada totalmente la Constitución Federal Suiza de 1874, que había experimentado alrededor de 140 reformas parciales durante los 126 años de su vigencia<sup>3</sup>. Con esto se cierra el largo tema de los “antecedentes históricos”. Con el trasfondo del así llamado “mal helvético”, las mociones de Obrecht y Dürrenmatt en 1995 requerían de una nueva Constitución Federal Suiza – y M. IMBODEN ofreció muchos alcances<sup>4</sup> al respecto desde el lado académico. Luego de una serie de aparatosos trabajos previos (grupo de trabajo de T. Wahlen), la comisión de expertos de K. Furgler 1977<sup>5</sup> elaboró a un proyecto constitucional que, sin embargo, fracasó en su sustentación. Independientemente de ello, dos profesores de Derecho Constitucional A. KÖLZ y J.P. MÜLLER (Zürich y Berna, respectivamente) presentaron un proyecto privado (1984, 3.ª ed. 1995), que representó una gran concentración del arte jurídico suizo y una considerable proyección en el ámbito de la ciencia y la política (que incluso penetró en los cantones). Mientras que muchas reformas cantonales totales tuvieron una performance exitosa (a principios de 1965/68 Obwalden/Nidwalden, luego Aargau 1980<sup>6</sup>,

- 
2. Acerca de ello, mi contribución del mismo nombre, en *JöR* (1991/92), pp. 167 y ss.
  3. De la literatura: KÖLZ, A., *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte*, 1992; *idem*, Libro de fuentes para la reciente historia constitucional suiza, 1996; SCHWEIZER, R.J., *Die Total-revision der Bundesverfassung von 1872 und 1874*, FS J.-F. Aubert, 1996, pp. 101 y ss.; G. KREIS, *Total-revision als soziale Bewegungen*, in: B. Sitter-Liver (edit.), *Herausgeforderte*, 1999, pp. 169 y ss.
  4. Acerca de ello, IMBODEN, M., *Die Totalrevision der Bundesverfassung*, ZSR 87 (1968) I, pp. 145 y ss.
  5. Impreso en *JöR* 34 (1985), pp. 536 y ss. De la literatura: P. SALADIN, *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis*, AöR 104 (1979), pp. 345 y ss.; L. WILDHABER, *Das Projekt der Total-revision der schweizerischen Verfassung*, *JöR* 26 (1977), pp. 239 y ss.
  6. Acerca de ello, EICHENBERGER, K., *Verfassung des Kantons Aargau*, 1980; BOLZ, M., *Die Verfassung des Kantons Aargau – Was hat sich bewährt? Wo besteht Handlungsbedarf*, ZBl 1999, pp. 571 y ss. – Acerca de Solothurn: EHRENZELLER, B., *10 Jahre solothurnische Kantonsverfassung*, ZBl 1999, pp. 553 y ss. – Acerca de la constitución cantonal de Basel-Landschaft: BIAGGINI, G., *Perste Erfahrungen mit der Kantonsverfassung des Kantons Basel-Landschaft von 1984*, en: K. JENNY et al. (edit.), *Derecho público y administrativo del cantón de Basel-Landschaft*, 1988, pp. 10 ff.

BASEL-LANDSCHAFT 1984, SOLOTHURN 1986, THURGAU 1987, etc., y actualmente, por ejemplo, SCHAFFHAUSEN, ZÜRICH, WAADT y BASEL-LEA, el proyecto de reforma se atracó a nivel del Estado Confederado hasta que, en mayo de 1986 (*Neue Züricher Zeitung* del 12 de mayo de 1986), K. EICHENBERGER en vez de una verdadera reforma recomendó una así llamada "actualización": "anexos sobre la tradición" tomando en cuenta lo que ya se conocía y lo que ya había sido probado. En junio de 1986, el Parlamento le asignó al Consejo Federal una misión: "... actualizar el Derecho Constitucional vigente, tanto escrito como no escrito, exponerlo de modo comprensible, ordenarlo sistemáticamente, así como uniformizar la densidad y el lenguaje"<sup>7</sup>. Recién 8 años más tarde, luego de una iniciativa parlamentaria del Consejo Federal A. KOLLER asumió la reforma constitucional de manera enérgica y como un asunto personal<sup>8</sup>. En noviembre de 1998, el Consejo Federal presentó el proyecto de una Constitución actualizada (complementada con los proyectos de reforma judicial y del Derecho internacional)<sup>9</sup>. La reforma judicial se restringió y será puesta a votación recién en marzo del 2000, mientras que la reforma el Derecho internacional se ha postergado a plazo indefinido.

## PRIMERA PARTE: INNOVACIONES Y RECEPCIONES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN FEDERAL SUIZA

### I. REFLEXIONES METODOLÓGICAS

A partir del *annus mirabilis* 1989 se ha podido comprobar a nivel mundial procesos de intercambio en relación a textos constitucionales, legislación

7. Cita según SCHWEIZER, R.J., *Die erneuerte schweizerische Bundesverfassung vom 18 de abril de 1999*, *JöR* 48 (2000), pp. 262 y ss.

8. De la literatura que va creciendo rápidamente: MÜLLER, G., *Die Bedeutung der Nachführung im Rahmen der Reform der Bundesverfassung*, *ZSR* 110 (1991), I, pp. 24 y ss.; H. Köller, *Die Nachführung der Bundesverfassung*, *AJP* 1995, pp. 980 y ss.; EHRENZEILER, B., *Konzeption der Verfassungsreform*, *AJP* 1995, pp. 971 y ss.; HANGARTNER, Y., *Der Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung*, *AJP* 1997, pp. 139 y ss.; A. Rhinow, *Zur Aktualisierung der Bundesverfassung oder: Nachführung ist mehr als Nachführung*, in: *Herausgeforderte Verfassung*, hrsgg. en: B. Sitter-Liver (edit.), 1999, pp. 563 y ss.; EHRENZEILER, B., *Konzept und Gründe der Verfassungsreform*, *AJP* 1999, pp. 652 y ss.; H. KOLLER, *Der Einleitungsartikel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung*, *AJP* 1999, pp. 656 y ss.; BIAGGINI, G., *Verfassungsreform in der Schweiz. Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18 de abril de 1999 im Zeichen von "Verfassungspolitik"*, *ZÖR* 54 (1999), pp. 433 y ss.

9. Algunos materiales están documentados en *JöR* 47 (1999), pp. 349 y ss., 372 y ss., ver también *JöR* 34 (1985), pp. 424 y ss.

y bibliografía. El género Estado constitucional se está desarrollando en una comunidad global de producción y recepción, en la que se trata o bien de comunidades nacionales de científicos que se mantienen atentos a la relativamente mejor normatividad, o bien de eruditos de rango supranacional, en parte políticos bien asesorados y ocasionalmente incluso de firmas de abogados de los Estados Unidos en Europa del Este, por ejemplo. No obstante, también el derecho comparado erudito se ha volcado a la búsqueda de una normatividad óptima para el Estado Constitucional. Para ello es tan necesario ceñirse al grado actual de desarrollo del Estado constitucional como género, como orientarse también a las particularidades nacionales, a las experiencias históricas dolorosas o a las aspiraciones esperanzadoras de un pueblo.

Por supuesto que el erudito no debe sobrestimar su trabajo en la “mesa verde” por ejemplo de un seminario: La legislación constitucional es un proceso complejo en el que las partes muchas veces tienen que hacer grandes esfuerzos para llegar a concesiones que no están libres de tensiones. Algunas “doctrinas puras” no pueden imponerse desde un punto de vista político constitucional. A pesar de ello, no se puede desistir de una apertura comparada y científico cultural de la doctrina del Estado constitucional. Lo que ha resultado de especial ayuda es el “paradigma textual escalonado”: Lo que en cierto Estado constitucional “sólo” se practica en la realidad constitucional, en el caso de un Estado vecino puede ser trasladado luego a textos y conceptos nuevos, en el marco de una revisión total o parcial de la Constitución. Piénsese en los múltiples aportes al regionalismo italiano y español por la práctica del federalismo alemán, en tanto “hermano mayor” o en la dogmática de los derechos fundamentales. Ya en el proyecto de 1977, Suiza estaba participando de todos estos procesos educativos y de intercambio<sup>10</sup> en Europa, y fueron sobre todo los procesos de innovación de la revisión total de los cantones, lo que suscitaron gran atención en la doctrina constitucional, en tanto ciencia europea<sup>11</sup>.

Tomada tanto en su totalidad como en lo particular, Suiza no pocas veces lleva la “delantera” en Europa en lo que respecta soluciones pragmáticas “intermedias”, como por ejemplo, el caso de la garantía del contenido

---

10. Al respecto HÄBERLE, P., *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, ZSR 119 (1978), pp. 1 y ss.; también en: HÄBERLE, P., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3.<sup>a</sup> ed. 1998, pp. 182 y ss.

11. Al respecto sustentos en HÄBERLE, P., *Neuere Verfassungen und Verfassungsentwürfe in der Schweiz*, JöR 34 (1985), pp. 303 y ss.; desarrollados en HÄBERLE, P., *Die Kunst der kantonalen Verfassungen das Beispiel der Totalrevision in St. Gallen* (1996), JöR 47 (1999), pp. 149 y ss., 171 y ss.

esencial de los derechos fundamentales, e incluso se puede "jactar" en relación con la Ley Fundamental alemana: porque hace valer los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos a nivel constitucional.<sup>12</sup> Sin embargo, la falta de un artículo sobre Europa en la nueva Constitución Federal Suiza es una lástima (ver segunda parte, más adelante). En lo que respecta al Estado constitucional europeo, Suiza continúa siendo el "corazón" de la Europa antigua y el "laboratorio de reparaciones" para todas las reflexiones conducentes a una doctrina constitucional como ciencia de la cultura<sup>13</sup>.

## II. FUNDAMENTOS, PRINCIPIOS, GRUPO DE NORMAS CONSTITUCIONALES, INSTITUCIONES (SELECCIÓN)

### 2.1 El "acontecimiento" del Preámbulo constitucional

El nuevo Preámbulo merece la mayor atención de la doctrina constitucional comparada, tanto en cuanto a su forma como a su contenido. Formalmente, ha sido un logro gracias a la forma gallarda de su expresión, del ritmo, incluso del "sonido" y de toda la dicción, aparte de que su contenido también es convincente. Así como recientemente el preámbulo de la Constitución de Polonia (1977) nos ha dado un nuevo ejemplo de cómo los Preámbulos pueden resultar siendo un éxito<sup>14</sup>. El nuevo Preámbulo constitucional de Suiza demuestra el grado de arte jurídico que puede alcanzar esta pieza introductoria o pieza de exhibición de la constitución.<sup>15</sup> Los preámbulos pueden compararse cultural y científicamente con los prólogos, oberturas o preludios. Sirven para "ganarse la voluntad" del ciudadano con ayuda del aspecto lingüístico, y "ponerlo a tono" con los fundamentos de la Constitución. Pueden procesar el tiempo (a través de declaraciones sobre el pasado y proyectos a futuro) y; en tanto sin una suerte de "Cons-

12. Al respecto por ejemplo MÜLLER, J.P. *Grundrechte in der Schweiz*, 3.<sup>a</sup> ed. 1999, por ejemplo pasajes pp. 20 s, 86 y 103 s.

13. Al respecto mis estudios preliminares en *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999

14. Al respecto HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.<sup>a</sup> ed. 1998, pp. 948.

15. De la literatura suiza: FHRENZELER, B., "Im Bestreben, den Bund zu erneuen" – einige Gedanken über "Gott" und "Welt" in der Präambel des "Bundesbeschlusses über eine neue Bundesverfassung", en HANGARTNER, F.S., 1998, pp. 981 y ss. – Ver también THÜRER, D. (con respecto de Appenzell ARh): "Wir, die Männer und Frauen...". Ein Portrait der jüngsten schweizerischen Kantonsverfassung. ZBl 1996, pp. 433 y ss.; NUSPLIGER, K., *Wechselwirkungen zwischen neueren Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung*, en: U. ZIMMERLI (editor), *Die neue Bundesverfassung*, 1999, pp. 63 y ss.

titución en la Constitución”, tienen que indicar qué es lo esencial de la totalidad de la obra que seguirá más adelante.

Si se parte de este género ideal de Preámbulo constitucional<sup>16</sup>, obtenidas por comparación en espacio y tiempo, se reconocerá inmediatamente el rango de las proclamas de los Preámbulos: son consideraciones que están cerca al ciudadano, disposiciones por lo demás claras y casi poéticas: por ejemplo, la última fórmula “que sólo es libre, quien hace uso de su libertad, y que la fuerza del pueblo se mide en el bienestar de los débiles”, proviene de la pluma del poeta A. Mushg, es más, fue su propuesta para el proyecto constitucional de 1977<sup>17</sup>. Estas expresiones se encuentran simultáneamente en dimensiones nuevas que apuntan al futuro: como por ejemplo la “responsabilidad con respecto a la creación”, “solidaridad y apertura frente al mundo”, “consideraciones y responsabilidad compartidas frente a la creación”. Algunos principios que aparecerán más tarde, tales como por ejemplo el artículo 54, inciso 2, de la Constitución, o de la protección del medio ambiente según el artículo 73 y ss., ya se anuncian en el preámbulo.

Su fuerza normativa debe ser tomada en serio y está lejos de ser “platónicamente” opcional. Los conceptos como “responsabilidad compartida”, “bienestar de los débiles” y “pluralidad en la unidad” son conceptos guías que pueden pasar a ser relevantes más adelante en los derechos fundamentales o en el derecho cultural constitucional. Por otra parte, la conservación de la introducción del *invocatio dei* y el discurso sobre la “creación”, muestran una dimensión de profundidades o de supremacía metafísicas, que llaman la atención en una Europa que se va secularizando cada vez más. El nuevo Preámbulo de la Constitución Federal Suiza es un contexto normativo, que le hace honor a nivel mundial a esta categoría clásica del Derecho constitucional y su contenido constituye asimismo una reserva para la normatividad en muchas cuestiones particulares de la interpretación constitucional.

## 2.2 Disposiciones generales

Este tipo de normas generales “puestas entre comillas” se encuentran cada vez con mayor frecuencia, por ejemplo, en la Constitución de Portugal

16. Al respecto mi discurso de ingreso de Bayreuth: *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen* (1981), FS Broemann, 1982, pp. 211 y ss.

17. Impreso en *JöR* 32 (1985), pp. 536.

de 1976; compárese también con el capítulo 1 de la constitución de Polonia de 1997. Se dedican a los valores fundamentales de la Constitución y, a su vez, forman parte del contexto del Preámbulo que le antecede. Así, en el Preámbulo se define la esencia de la colectividad política, pero ahora de manera más concreta y "positivista". Para ello se mezclan categorías de la doctrina clásica general del Estado, como pueblo, territorio y poder del Estado, con nuevos temas constitucionales.

El artículo 1 de la Constitución Federal Suiza menciona al "pueblo suizo y a los cantones", el artículo 2 parafrasea el "objetivo" de Suiza, lo cual es una demanda formulada especialmente por P. SALADIN<sup>18</sup>, pero avanza además a aspectos totalmente nuevos: fomento del "desarrollo sostenido" y de la "pluralidad cultural del país". Incluso en lo referente a los derechos fundamentales, se tiende un primer puente de manera novedosa tanto en el aspecto formal como en el de contenido ("la mayor igualdad de oportunidades posible entre ciudadanas y ciudadanos"). El artículo 2, inciso 4, menciona la inclusión de "una conservación duradera de los principios de vida naturales", con lo que un tema que se había mencionado ya frecuentemente en muchas constituciones cantonales, así como en las constituciones de Estados Federados de Alemania oriental y occidental, ingresa también a la nueva Constitución Federal Suiza.

El artículo 4 sobre los cuatro idiomas oficiales del país formula una parte del "cuarto", o mejor dicho, el "primer" elemento del Estado de "cultura", a lo que hay que agregar el posterior artículo 70 y, antes de ello, el artículo 18 sobre el desarrollo de la libertad de lenguas, hasta el momento aún no transcrito por la ley federal, que es un ejemplo para toda Europa. Los "fundamentos del accionar del Estado de Derecho" en el artículo 5 son un concentrado de lo que la ciencia y la práctica han venido desarrollando a lo largo de los años al nivel de la Confederación y de los cantones.

Prácticamente ninguna otra constitución (aparte de la de los cantones suizos) sintetiza al Estado de Derecho de manera tan concisa a terminología constitucional "legible", como lo hace esta norma: *cfr.*, por ejemplo, "el derecho es el fundamento y el límite de la acción del Estado", "la acción del Estado tiene que enmarcarse en el interés público y ser razonable", "los órganos del Estado y los privados actúan de buena fe", así como estar de acuerdo con el sentido del Estado constitucional cooperativo: "La Confe-

---

18. De la literatura: RICHLI, P., *Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzip*, ZSR 117 II (1988), pp. 139 y ss.; MASTRONARDI, P., *Der Zweck der Eidgenossenschaft als Demokratie*, ZSR 117, 1998, II, pp. 317 y ss.

deración y los cantones respetan el Derecho internacional" (párrafo 4). El artículo 6 relativo a la responsabilidad individual y colectiva avanza en parte en territorio virgen: penetra en áreas de los deberes fundamentales y del principio de subsidiariedad ("Toda persona... contribuye según sus capacidades a las tareas del Estado y de la sociedad").

### 2.3 Derechos fundamentales, derechos ciudadanos y objetivos sociales

Este nombre para el segundo capítulo que sigue deja entrever una gran ventaja tanto desde el punto de vista de la redacción, como del contenido. Se trata a los derechos fundamentales, a los derechos políticos y a los objetivos sociales bajo un mismo contexto, al que pertenecen en el Estado constitucional contemporáneo; pero que, sin embargo, muchas veces le es negado por parte de la dogmática alemana, regida por una mentalidad neoescolástica "encasilladora". El legislador constitucional ha legitimado y ha dejado ahora el camino abierto para asumir la dignidad humana ya no sólo principalmente, ni menos aún exclusivamente, de manera privada y apolítica; sino también en el contexto democrático de lo político<sup>19</sup>. Además, también se ha logrado trazar el puente hacia los objetivos sociales o "de los derechos fundamentales sociales", que se ha venido exigiendo en la teoría desde hace tiempo (artículo 41). Si bien de los "objetivos sociales" no se pueden extraer "exigencias inmediatas a prestaciones del Estado" (artículo 41, párrafo 4); mentalmente están de manera ideal en el contexto de los derechos fundamentales. Parafrasean las funciones de los derechos fundamentales como las tareas del Estado.<sup>20</sup> Luego, cuando los temas de "seguridad social" y "salud" reaparezcan más adelante en la Constitución, con mayor detalle en las normas puras de delegación de competencias (artículo 108 y ss.), se habrá logrado aquí un feliz justo medio en el marco de la discusión polarizada. El aspecto de la responsabilidad constitucional de la Confederación y los cantones en estos campos temáticos sale a relucir en el artículo 41; que por lo demás, se establecen con las "competencias": así, la mentalidad de exigir tareas ha retrocedido en algo. El *si* y el *cómo* de los asuntos del Estado Social, del Estado Cultural (*cfr.* con artículos 62 hasta

19. Al respecto mi aporte: *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, HdBSiR T. I (1987), pp. 815 (845 y ss.).

20. Al respecto mi ponencia de profesor de Derecho de Estado: *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), pp. 43 y ss. (103 y ss.). De la literatura suiza: MÜLLER, J.P., *¿Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2.<sup>a</sup> ed., 1981.

72) y, también del Estado del medio ambiente (*cf.* con el Derecho del Medio Ambiente de amplio alcance en los artículos 73 hasta 80) sigue siendo competencia de la Confederación y de los cantones, y en determinados casos también de las comunas.

La parte de los derechos fundamentales no ha podido ser evaluada aquí ni en su totalidad, ni en partes. Pero es obvio, que resiste brillantemente la comparación con el *standard* común europeo. No sólo es notable que se haya positivizado, lo que en Suiza valía hasta ahora como Derecho no escrito<sup>21</sup> (por ejemplo, la libertad de ciencia y arte en los artículos 20 y 21 respectivamente) — lo cual es un confirmación del "paradigma textual escalonado" (aquí dentro del mismo Estado confederado). Se deben destacar los avances del legislador en las áreas centrales de la dogmática del derecho fundamental: en la diferenciación o rectificación de las áreas de protección y de formación de los límites. Tanto las doctrinas generales de los derechos fundamentales, como la dogmática de los "derechos fundamentales especiales" obtienen gran provecho del nuevo catálogo de la constitución cantonal.

A continuación unos datos breves: llama la atención el enriquecimiento de la equidad de derechos, por ejemplo en las prohibiciones de discriminación en el artículo 8, párrafo 2 (obstaculizaciones), asimismo el mandato de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, tanto en el plano legal como en el efectivo "sobre todo en la familia, la educación y el trabajo" (artículo 8, párrafo 3). No se han dejado de lado tampoco los derechos sociales o culturales que se pueden exigir judicialmente (artículo 12: derecho a la ayuda en casos de emergencia, los cuales habían sido previamente desarrollados por la doctrina y la judicatura; el artículo 19: derecho a exigir la educación primaria). La dogmática general clásica de los derechos fundamentales en Europa debería valorar los aportes creativos de Suiza en asuntos tales como la "protección contra la arbitrariedad y la consagración de la buena fe" (artículo 9) y sobre todo en lo que respecta a la garantía de ejecución efectiva en el artículo 35. También se ha repensado de manera novedosa el tema del carácter vinculante de los derechos fundamentales a los particulares<sup>22</sup> (artículo 35, párrafo 3: como preocupación de las autoridades). Si los "derechos políticos" bajo el artículo 34, se han colocado en el contexto del derecho de petición (artículo 33), antecediendo a la "eficacia de los dere-

---

21. Al respecto GROSS, J., *Nachführung der Bundesverfassung, Verfassungsreform und Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts zu den ungeschriebenen Grundrechten*, en HANGARTNER, F.S., 1998, pp. 551 y ss.

22. De la literatura alemana: CANARIS, C.-W., *Grundrechte und Privatrecht*, 1998

chos fundamentales” (artículo 35), se demuestra una vez más el contexto, en el que los derechos fundamentales y políticos, según el caso, se encuentran en el ámbito de la comunidad democrática. Un nuevo nivel normativo se ha alcanzado además con la frase (artículo 34, párrafo 2): “La garantía de los derechos políticos protege la formación libre de la voluntad y el voto no tergiversado” – una nueva tematización de una parte de los “problemas en materia de verdad en el Estado Constitucional”<sup>23</sup>.

Unas últimas palabras con respecto a las disposiciones generales de los límites de los derechos fundamentales, incluyendo la garantía del “contenido esencial” (artículo 36): La jurisprudencia y la dogmática suizas trabajan hace años en este problema. Se ha llegado ahora a una solución intermedia, después de un constante afinamiento, que se afirmó tal vez en la Constitución cantonal de Berna de 1993<sup>24</sup> (artículo 28). Lo que se suele contraponer en Alemania, esto es, la teoría “relativa” y la “absoluta”, del contenido esencial<sup>25</sup> ha sido agudizada por Suiza: En el artículo 36 de la nueva Constitución Federal Suiza encontramos elementos de la llamada teoría “relativa” (la exigencia de un interés público, la relatividad) y de la teoría “absoluta” (“El núcleo del contenido esencial... es inalienable”)<sup>26</sup>.

El ámbito de los derechos fundamentales se integran de manera algo dogmática, cosa que por cierto sólo puede ser regulada por el constituyente en los diferentes contextos; lo cual se muestra por ejemplo en tres “lugares”: el artículo 41 (“objetivos sociales”)<sup>27</sup> nos formula de manera aguda: “La Confederación y los cantones establecen de manera complementaria a la responsabilidad personal y a la iniciativa privada” – esto es una recuperación de la idea del artículo 6, pero a su vez es parte de la protección a la privacidad (*cf.* artículo 13) y de la libertad económica (*cf.* artículo 27). En consecuencia: lo que el Tribunal Constitucional Federal Alemán (sentencias 39, 1; 56, 54; 88, 203) elaboró en materia de obligaciones de protección de los derechos fundamentales y que ha sido señalado en muchas de las

23. Al respecto mi investigación con el mismo nombre de 1995.

24. De la literatura: BL.Z, U./KÄLIN, W. (editor), *Handbuch des berrnischen Verfassungsrechts*, 1995

25. De la literatura recientemente por ejemplo H. DREIER, en: el mismo (editor), *Grundgesetz-Kommentar* T. I, 1996, artículo 18 II, 12 y ss.

26. De la literatura alemana antigua, que lucha por hacer concesiones: mi tesis de Friburgo: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2. GG*; 1.<sup>a</sup> ed. 1962, pp. 39 y ss.; 3.<sup>a</sup> ed. 1983, p 39 y ss. y pp. 325 y ss.; HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed 1995, (impresión nueva 1999), pp. 149 y ss.

27. De la literatura suiza: HEBEISEN, M.W., *Staatszweck, Staatsziele und Staatsaufgaben*, 1996

constituciones más recientes, aparece en la nueva Constitución Federal Suiza en una posición completa y sistemáticamente diferente: en la protección de la salud (artículo 118) y en la protección de la persona y de su dignidad frente al abuso de la medicina reproductiva (artículo 119, párrafo 1 y 2). Finalmente tenemos que sin dejarse impresionar por la mentalidad "encasilladora" de la teoría de los derechos fundamentales, el artículo 94, párrafo 1 menciona también el "principio de la libertad económica", con lo que se positiviza la dimensión jurídica objetiva de este derecho fundamental<sup>28</sup>. Con la siguiente frase del artículo 94, párrafo 3 se alcanza además un nuevo nivel normativo en el Derecho constitucional económico: "(la Confederación y los cantones) se hacen cargo en el ámbito de sus competencias de ofrecer el marco de condiciones apropiadas para la economía privada."

## 2.4 Supremacía de la cultura en el Estado Confederado Suizo – "Derecho constitucional cultural"

A continuación sólo describiremos el Derecho constitucional federal, cultural, en base a lo que la nueva Constitución Federal Suiza en parte actualiza (*mise a jour*) mediante la positivización de lo no escrito, en señal de "transparencia"; en parte, arriesga de modo novedoso; en parte, sólo corrige desde la perspectiva de la redacción sistemática; en parte, afina en su contenido; en parte, fija en cuanto a su validez temporal; y en parte, rectifica abiertamente con miras al futuro – y los elementos de todos estos procesos muestran su relevancia tanto individual como conjuntamente.

Con ello se pasan por alto muchas innovaciones de la tradicional y más bien "introvertida" Suiza en el camino a un "Estado constitucional abierto" en la comunidad internacional<sup>29</sup> (*cfr.* por ejemplo con el artículo 5, párrafo 4; ver también el preámbulo: "Apertura a la comunidad internacional", so-

28. De la literatura: VALLENDER, K., *Die Konzeption der Wirtschaftsfreiheit*, HANGARTNER, F.S., 1998, pp. 891 y ss.; el mismo autor, *Grundzüge der "neuen" Wirtschaftsverfassung*, AJP 1999, pp. 677 y ss.

29. De la literatura: BIAGGINI, G., *Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre*, HANGARTNER, F.S., 1998, pp. 957 y ss.; D. SCHINDLER, *Der Weg vom "geschlossenen" zum "offenen" Verfassungsstaat*, HANGARTNER, F.S., 1998, pp. 1027 y ss.; SCHMID, G., *Verfassungsgebung in einer zusammenwachsenden Welt*, *ibd.*, pp. 1043 y ss.; COTTIER, T./WÜGER, D., *Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: eine Diskussionsgrundlage*, en B. SITTER-LIVER (editor), *Op. cit.*, pp. 241 y ss.; JAGMETTL, R., *Unsere Demokratie vor der internationalen Herausforderung*, FS Lendi, 1998, pp. 229 y ss.

bre todo el artículo 54: "Alivio de las necesidades y la pobreza en el mundo", así como el artículo 191: Derecho internacional como la "medida" del derecho "a seguir" por el Tribunal Federal Suizo; ver también la vinculación de carácter obligatorio a las disposiciones del derecho internacional en el caso de revisiones parciales según el artículo 194, párrafo 2 de la nueva Constitución Federal Suiza<sup>30</sup>). También queda opacada la renovada confirmación de la política constitucional Suiza de las prestaciones en el ámbito del Derecho constitucional tributario y financiero (*cf.* los emblemáticos "fundamentos de la tributación" en el artículo 127<sup>31</sup> y la fuerte ampliación del Derecho constitucional del medio ambiente<sup>32</sup>).

En el artículo de objetivos (artículo 2, párrafos 2 y 4) del Preámbulo, éste ya se nos presenta como una nueva finalidad del Estado y un elemento de identidad de Suiza. La Constitución se vuelve más específica en el artículo 54, párrafo 2 y, sobre todo, en el párrafo propio de "planificación del medio ambiente y del espacio" (artículos 73 a 80). Conjuntamente a una significativa definición de su "carácter permanente" (artículo 73), se encuentran puentes notables al derecho cultural constitucional (artículo 78, párrafo 2: "Patrimonios culturales y naturales") así como a la protección de los animales (artículo 80). Pero la dimensión ecológica también deja huellas en otros lados, por ejemplo en el artículo 89 de la política energética, o en el artículo 104 sobre el agro.

Si bien algunos cantones y el proyecto constitucional privado de KÖLZ/MÜLLER se han adelantado de manera innovadora, este nivel de desarrollo del Estado constitucional suizo sigue siendo significativo para el "observador participante" alemán. Esto más aún es así, en tanto se sigue poniendo énfasis en la libertad económica (artículos 27 y 94) siguiendo la tradición suiza (ver también la "política competitiva" y la fuerte protección del consumidor en los artículos 96 y 97). La amplia regulación sobre la medicina reproductiva y la tecnología genética en el ámbito de lo humano (artículo 119) parece ser la regulación normativa más moderna dentro del

30. Con respecto al todo: SCHWEIZER, R.J., *Op. cit.*, *JöR* 48 (2000), s. 262 y ss.; BIAGGINI, G., *Verfassungsreform in der Schweiz*, *ZÖR* 54 (1999), pp. 433 (467 y ss.)

31. Al respecto de la literatura: WALDHOF, C., *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland-Schweiz*, 1997; HÄBERLE, P., *Das nationale Steuerverfassungsrecht im Textstufenvergleich*, FS Vogel, 2000, i. E.

32. De la literatura: SÖHNLEIN, B., *Rechtsstaat und Naturstaat – ein hölzernes Eisen?*, en: SITTERLIVER, B. (editor), *Herausgeforderte Verfassung*, 1999, pp. 573 y ss.; LEIMBACHER, H., *Die Rechte der Natur*, 1988; MADER, L., *Die Sozial – und Umweltverfassung*, AJP 1999, pp. 698 y ss.

Derecho constitucional comparado europeo (*cfr.* sobre todo en lo relativo a la prohibición de la clonación, la donación de embriones, los vientres de alquiler y, el derecho fundamental al acceso de datos sobre los ascendientes (artículo 119, párrafo 2 inciso g) *cfr.* la sentencia del Tribunal Constitucional Federal 79, 256, y en especial 268 y ss.).

En lo que sigue no podemos presentar en toda su extensión el federalismo suizo<sup>33</sup>. En el centro tienen que ubicarse las disposiciones del Derecho constitucional cultural. Esto es afín con una teoría del Estado Federal cultural<sup>34</sup>, y encuentra también un "testimonio generoso" en la nueva investidura constitucional, en la Constitución Federal Suiza de 1999/2000. El punto de partida sigue siendo la "independencia de los cantones" que ha de ser resguardada por la Confederación (artículo 47, ver también los artículos 51 al 53), y, que debe ser entendida como la garantía de la autonomía estatal y de la autonomía constitucional de los cantones. Aparte de ello, el federalismo cultural sigue siendo un aspecto decisivo en la "Confederación Suiza" (*cfr.* artículo 1). Cabe también mencionar la renovada y lograda versión de la lealtad a la Confederación y de la solidaridad federal (artículo 44, párrafo 3: La confederación y los cantones "se deben consideración y apoyo recíproco", así como el bosquejo de la subsidiariedad (artículo 42, párrafo 2).

La elaboración dogmática del Derecho constitucional cultural permite empezar con los derechos fundamentales culturales y preguntar por las cláusulas del Estado cultural, por las competencias especiales sobre la cultura (puntualmente de la Confederación y en sentido amplio, de los cantones, o Estados Federados) y por las demás disposiciones normativas especiales del Derecho constitucional cultural, por ejemplo en relación al Estado y a la Iglesia.

Recuérdese antes que nada, que muchas reformas parciales de la Constitución Federal se habían ocupado, cada vez más y más, de cuestiones particulares del Derecho constitucional cultural, aunque hasta ahora no se había podido reconocer ninguna sistematicidad. Algunos intentos incluso fracasaron, tal como fue el caso de los intentos de 1986 y de 1994, de fijar por escrito el fomento de la cultura a través de la Confederación ("porcentaje a la cultura"). A pesar del apoyo a la propuesta de una serie de intelectuales prominentes, el pueblo rechazó esta iniciativa— tal vez por

---

33. De la literatura: HÄFELIN, U./HALLER, W., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed. 1993, pp. 55 y ss.; BIAGGINI, G., *Verfassungsreform in der Schweiz*, ZÖR 54 (1999), pp. 433 (458 y ss.).

34. Al respecto mis trabajos, el último *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., 1998, pp. 776 y ss.

estar comprometidos con la supremacía cultural de los cantones. Ahora la nueva Constitución Federal Suiza ha logrado una normatividad en el ámbito del Derecho constitucional cultural sistemática, convincente y consecuente, en parte actualizada y en parte novedosamente creativa. La realidad constitucional se hizo, o mejor dicho, se está haciendo “transparente”.

a) Los derechos fundamentales culturales se vuelven positivos, en parte, a partir de lo que se ha venido desarrollando sin estar escrito: por ejemplo, la ejemplar “libertad de expresión” (artículo 18), o la libertad científica y artística (artículo 20 y 21) y; por otra parte, se han creado como algo nuevo. Incluso encontramos un derecho fundamental social que se puede reclamar en el artículo 19 (derecho a exigir la educación primaria). La libertad de los medios de comunicación (artículo 17) es un derecho fundamental cultural por lo menos, si es que se toma en serio el aporte “ a la formación y al desarrollo cultural” de la radio y la televisión (artículo 93, párrafo 2). Existen paralelos a las llamadas “necesidades básicas” en el sentido de la Constitución Federal Alemana (sentencias 73, 118 (157 y ss.); 74, 297 (324); 90,60 (90)).

b) Los derechos culturales fundamentales se establecen a través de las disposiciones del capítulo de las “competencias”, totalmente conforme al sentido de la pluralidad del Derecho constitucional cultural. Se observan aquí las actividades indispensables de la Confederación y de los cantones: primero bajo la forma de un artículo propio, el “artículo-cultural” 69, que declara el “ámbito de la cultura” como competencia de los cantones<sup>35</sup>; pero que, también, diseña otras competencias culturales particulares de la Confederación (apoyo a las iniciativas culturales “de interés para toda Suiza” así como el fomento “del arte y de la música, especialmente en el área de la educación”). Algunos aspectos de la protección de la herencia cultural se observan en el artículo 78. Son una especie de “tarea colectiva” de la Confederación y de los cantones, con una primacía competencial por parte de los cantones. Los aspectos culturales se encuentran en conceptos como “pinturas locales”, “monumentos históricos” y “patrimonios naturales y culturales”. Otras competencias particulares de la Confederación se enumeran en orden estricto en los artículos 62 al 71, de modo que queda claro el principio de la supremacía cultural de los cantones (datos claves: formación profesional y universidades, prácticas profesionales, deportes y películas). Antecede a todo ello, el reconocimiento de la “vocación nacional Suiza” a la “pluralidad cultural del país” (artículo 2, párrafo 2 y 69, párrafo

---

35. En general sobre “supremacía en el Estado Federal” mi aporte con el mismo nombre en: *AöR* 124 (1999), pp. 549 y ss.

3). En el artículo 70 la "pluralidad lingüística" (artículo 69, párrafo 3) también es tomada en serio en la perspectiva de las "minorías lingüísticas locales". Cuando en el artículo 70, párrafo 3 se les atribuye a la Confederación y a los cantones el fomento del "entendimiento e intercambio entre las comunidades lingüísticas" y a la Confederación se le recomienda promover el "apoyo a los cantones plurilingüísticos en el cumplimiento de sus tareas específicas", se refleja lo siguiente: La nueva Constitución Federal Suiza ha desarrollado un nivel normativo en materia de libertad lingüística, multi-lingüismo y, de fomento de las lenguas por parte del Estado, que puede servir de modelo a países comparables, como por ejemplo, en los Balcanes. La ciencia del federalismo y del regionalismo deberían honrar a estas disposiciones normativas en todo Europa y la política debería comprobar sus contenidos en otros lugares.

a) Otros artículos específicamente culturales se encuentran ya en el Preamble identificado como "contexto normativo", por ejemplo: "en la conciencia de los logros comunes"; en el artículo 2, párrafo 2 (objetivo del fomento de la "unidad interna y diversidad cultural del país"); artículo 5, párrafo 3 ("buena fe" como principio de acción del Estado y del sector privado); así como en del postulado de objetivos educativos en el artículo 41, párrafo 1, inciso g ("autonomía y responsabilidad social de la persona", "apoyo en su integración social, cultural y política"<sup>36</sup>). Finalmente cabe remitirse al audaz concepto de "la dignidad del ser" (artículo 129, párrafo 2): según la cultura antropológica tradicional, el concepto "dignidad", no se le atribuye ni al Estado<sup>37</sup>, ni a los animales. El feriado nacional (artículo 110, párrafo 3, p. 1) es, al igual que el domingo (*loc. cit.*, p. 2) una pieza especial del Derecho constitucional cultural<sup>38</sup>.

Algunos comentarios al artículo 72 ("Iglesia y Estado"). Gracias a su pluralidad, el Derecho constitucional religioso de Suiza hace mucho tiempo que es objeto de interés científico más allá de sus fronteras<sup>39</sup>. Una propuesta para el nuevo artículo sobre religión proviene de C. WINZELER<sup>40</sup>. Recientemente se ha establecido incluso un *Anuario Suizo de Derecho Eclesiás-*

36. De la literatura: HANGARTNER, Y., *Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, Landesbericht*, en: *VVDStRL* 54 (1995), pp. 95 y ss.; P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981.

37. Al respecto TSATSOS, D., *Von der Würde des Staates zur Glaubwürdigkeit der Politik*, 1987.

38. Al respecto mi investigación: *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, 1988.

39. Cfr. por ejemplo con HÄBERLE, P., *Neuere Verfassungen*, *Op. cit.*, *JöR* 34 (1985), pp. 303 (385 y ss.); D. Kraus, *Schweizerisches Staatskirchenrecht*, 1993.

40. WINZELER, C., *Strukturen von einer anderen Welt*, 1998, pp. 320 s.

tico (T. 1, 1996, T. 4, 1999). La terminología al igual que siempre va desde el "Derecho eclesiástico del Estado"<sup>41</sup>, aún típico para Alemania hasta la "Constitución religiosa"<sup>42</sup>. El autor hace tiempo que se ha pronunciado contra el concepto de "Derecho eclesiástico del Estado", por lo menos en lo que respecta Alemania, ya que en el artículo 137, párrafo 1 de la otrora Constitución de la República de Weimar y en el artículo 140 de la Ley Fundamental se establece "no existe ninguna religión oficial del Estado" y en consecuencia, tampoco un "derecho a una iglesia oficial del Estado"<sup>43</sup>. Sobre todo el Derecho Europeo y la *sui generis*<sup>44</sup> comunidad constitucional que se extiende más allá de la Unión Europea sugieren abstenerse del concepto "iglesias", teniendo en cuenta además que en algunos países europeos hace mucho tiempo que el Islam ya es la segunda o tercera religión (el artículo 72, párrafo 2 ha logrado un nuevo nivel normativo: "paz pública entre las distintas comunidades religiosas").

El escabroso artículo sobre los obispados (artículo 72, párrafo 3: "Los obispados sólo pueden ser establecidos con el consentimiento de la Confederación") sigue siendo controvertido<sup>45</sup>. Por lo demás, el Derecho constitucional religioso, en tanto Derecho constitucional cultural especial, es de competencia de los cantones.

b) En general se pueden reconocer los grandes principios del derecho constitucional cultural, en parte rectificado, en parte renovado, en parte actualizado y en parte incluso creado de manera novedosa: de un lado por la "pluralidad": así, R.J. SCHWEIZER, habla de "pluriculturalidad"<sup>46</sup>, así como de la protección de las minorías sensibles; por otra parte, de la gran diferencia de los derechos fundamentales culturales o de las misiones constitucionales o de las normas de competencias, y, finalmente, el atenerse firme al principio de la primacía cultural general de los cantones. Reconocemos un sistema "abierto", tan de acuerdo al de la tradición suiza (*cfr.* J.G. FUCHS, *Pluralismo y comunidades religiosas*), como lo es su disposición a enfrentar desarrollos futuros (apertura del Derecho constitucional religioso).

41. Por ejemplo P. Karlen, *Djüngste Entwicklung der Rechtsprechung zum Staatskirchenrecht*, en: Anuario Suizo, *Op. cit.*, T. 4 (1999), pp. 219 y ss.

42. Por ejemplo U. FRIEDRICH, *Zur neuen schweizerischen Religionsverfassung*, *ibid.*, pp. 93 y ss.

43. *Cfr.* don el aporte "Staatskirchenrecht" als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft, *DÖV*, 1976, pp. 73 y ss.; también *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, pp. 219 y ss.

44. Al respecto mi aporte *Europa als Verfassungsgemeinschaft eigener*, en: DVBI. 2000.

45. De la literatura: PLATTNER, P., *Bistumskonkordate als Ziel*, *NZZ* del 12 y 13 de diciembre 1999, pp. 93; A. Grab, *Vorrang der Religionsfreiheit*, *ibid.*

46. SCHWEIZER, R.J., *Op. cit.*, *JöR* 48 (2000), pp. 262 y ss.

La visión conjunta articulada de "naturaleza y cultura" (por ejemplo, en el artículo 104, párrafo 1 inciso b: "paisaje cultural") es ejemplar. Finalmente, se refuerza el "pluralismo de los promotores" que es característico para el Derecho Constitucional Cultural del Estado de Derecho (Confederación, cantones y también comunidades, universidades, asociaciones, sociedades protectoras de la naturaleza y de la patria, promotores de la formación y educación para adultos, radio y televisión en su "autonomía" según artículo 93, párrafo 3, iglesias, comunidades religiosas, etc.). Este pluralismo recién se hará efectivo a través de la vida cultural de los ciudadanos.

## SEGUNDA PARTE: ¿DÉFICITS, OMISIONES, PUNTOS CUESTIONABLES?

### I. NINGÚN ARTÍCULO SOBRE EUROPA — NINGÚN ARTÍCULO SOBRE EL "DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO"

El hecho de que a continuación formule algunas críticas no tiene como finalidad mostrar que uno podría haberlo hecho mejor. Esto lo impide tanto el respeto frente a la totalidad de la tarea efectuada de la nueva Constitución, como también la voluntad de buena vecindad. Sin embargo, queda una pregunta que obviamente ni siquiera puede ser acallada en una "observación participativa": por qué ni la palabra, ni el tema "Europa" aparecen en la nueva Constitución Federal Suiza. La omisión del tema de Europa se percibe como un "agujero" muy lamentable, tanto porque Suiza constituye el "corazón de la Europa ancestral, como porque es posible demostrar que se puede continuar hablando del "laboratorio suizo" en materia de Estado constitucional con proyección a toda Europa. Esto asombra más aún por el hecho de que algunos cantones sí han pensado en Europa en sus nuevas Constituciones. El artículo 54, párrafo 1 de la Constitución Cantonal de Berna (1993) es pionero en este sentido: "El cantón participa en la construcción solidaria de las regiones de Europa". Este Derecho constitucional cantonal europeo debería poder encontrar su equivalente a nivel de la Confederación. Desde el punto de vista del derecho comparado encontramos abundante presencia del Derecho constitucional europeo: desde el artículo 7, párrafo 5 de la Constitución de Portugal ("Portugal participa en el fortalecimiento de la identidad europea y en la intensificación de la acción de los Estados europeos a favor la democracia, y de la paz...") hasta el artículo 23, párrafo 1 de la Ley Fundamental y el artículo 3 de la Constitución de Bavie-

ra. Otros países como Grecia e Italia<sup>47</sup> están luchando actualmente por un artículo sobre Europa. No se trata en estos casos principalmente de Europa (Derecho europeo) en el sentido estrecho de la Unión Europea, en cuyo caso se puede prever reticencias mentales mayores por parte del pueblo suizo. Al observador extranjero también le asombra que no se diga nada de Europa en sentido amplio y de Europa en su totalidad, a pesar de que Suiza finalmente es miembro del Consejo Europeo, que es activa en la Conferencia de Seguridad y de Cooperación Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos; lo cual sirve de ejemplo para Alemania, incluso a nivel constitucional. Si bien la nueva Constitución Federal Suiza se pronuncia abiertamente a favor de la apertura al mundo (*cfr.* Preámbulo: “apertura del mundo”), artículo 54, párrafo 2 (aporte al “alivio de las necesidades y la pobreza en el mundo”), insólitamente no se ha pensado en Europa como un pedazo del mundo de su “propia casa”. Es cierto que “Europa” puede incluirse en el pensamiento y en la interpretación de las cláusulas en la que se refieren al “mundo”. Pero el silencio de la nueva Constitución Suiza con respecto al tema europeo no le hace justicia al papel que Suiza juega en la Comunidad regional responsable de Europa<sup>48</sup>. Una cláusula europea de tipo *soft law* le hubiera venido bien a Suiza, en tanto Estado Constitucional profundamente europeo.

## II. ¿EXCEPCIONES, POSTERGACIONES, APLAZAMIENTOS?

El constituyente ha sacado conscientemente del paréntesis algunos temas y los han diferido a futuro; así, por ejemplo, se ha mantenido el artículo sobre los obispos. Pero, los proyectos constitucionales representan también concesiones políticas, es relativamente fácil formular críticas *a posteriori*. De todos modos mencionaremos aquí aquellos temas sacados del paréntesis que también se discuten en Suiza. Este es el caso de la ansiada reforma judicial y del Derecho internacional, que se quedó a medias; por que no se llegó a una reforma del manejo del Estado y, finalmente, se postergó la reforma del federalismo que tenía como objetivo desenredar las competencias e implantar un nuevo sistema de balance financiero (ver

47. Más ejemplos en mi aporte: *Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe*, FS Everling, 1995, pp. 355 y ss.

48. De la literatura suiza: FLEINER, T., *Die schweizerische Verfassung im Kontext eines gemeinsamen europäischen Verfassungsrechts*, en SITTERT, J. (editor), *Herausgeforderte Verfassung*, 1999, pp. 413 y ss.

artículo 135). También cabe lamentar, que no se hayan modificado las atribuciones de la actual jurisdicción constitucional: así las leyes de la Confederación siguen estando fuera del ámbito de control del Tribunal Federal no obstante ser una "corte constitucional", igual que antes (artículo 189 de la nueva Constitución federal Suiza, y artículo 113, párrafo 2 de la antigua Constitución Federal Suiza). Aquí parece haber influido el fuerte énfasis en la democracia directa; sin embargo, una comparación con otros países y cómo éstos vinculan la democracia y las atribuciones del Tribunal Constitucional, deja abierta una serie de preguntas.

También queda como tarea futura cumplir con el objetivo general de Suiza de "encajar en Europa", por ejemplo, en el área organizativa de la nueva estructuración del Gobierno Federal. Desde el punto de vista del contenido, la nueva Constitución Federal Suiza, obviamente "encaja en Europa": Recuérdese el catálogo renovado de derechos fundamentales; el catálogo finamente esbozado de las finalidades y las competencias del Estado, en materia por ejemplo de Constitución social y del medio ambiente; la hábil estructuración del Derecho constitucional cultural y todas las formas de protección de las minorías; y, en consecuencia, el fortalecimiento de la democracia semidirecta (artículo 39, artículos 138 al 142, 193 al 195), así como del federalismo. Esta forma más bien "silenciosa" de "encajar en Europa" lograda por Suiza, es una provocación para todos aquellos que se distancian o se sienten atraídos por el dicho de que: Europa debería "asuizarse" (no sólo en Bosnia y en el resto de los Balcanes). Todo esfuerzo por un Derecho constitucional económico ponderado, justamente con miras a Europa, puede aprender mucho de la nueva Constitución Federal Suiza (artículo 94 hasta 107).

### III. PERSPECTIVAS

Las perspectivas confirman que Suiza, con su nueva Constitución Federal 2000, ha creado una obra constitucional, que se deja ver y escuchar en el "concierto del hogar europeo". Suiza no sólo ha "reelaborado" partes de la realidad constitucional formada en Europa. Les ha dado transparencia y las ha plasmado en textos y conceptos. También se ha arriesgado a formular disposiciones nuevas que podrían servir de ejemplo para otros Estados constitucionales europeos. La nueva Constitución Federal Suiza es en parte actualización, en parte "renovación" y rectificación y en parte creación nueva, es decir, es un "mixtura". A pesar de que Europa no se menciona textualmente, al nivel de la doctrina constitucional europea, Suiza puede

ser considerada en tanto Estado constitucional europeo como “totalmente europeizada”. La antigua tesis del “laboratorio suizo”<sup>49</sup> se ha vuelto a reconfirmar. Ciertamente, al igual que antes muchas innovaciones han partido de las constituciones cantonales, pero la Confederación “se ha puesto al día” considerablemente con esta obra. Mientras que Italia sigue trabajando en su reforma constitucional más o menos grande y ésta si bien no avanza políticamente, sí lo hace desde una perspectiva científica<sup>50</sup>, Suiza ha logrado plasmar genialmente en una nueva obra constitucional lo que realmente se discute también en su comunidad científica.

---

49. HÄBERLE, P., *Werkstatt Schaller – Verfassungspolitik im Blick auf das künftige Gesamt Europa*, *JöR* 40 (1991/92), pp. 291 y ss.

50. Cfr. las actas de la doctrina italiana de Derecho del Estado; *I Costituzionalisti e le Riforme*, a cura di S. P. Panunzio, 1998, ver también mis aportes a la reforma constitucional de Italia, en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3.<sup>a</sup> ed. 1998, pp. 817 y ss. y del aporte en LESER, F.S., *Zwei Aspekte der Verfassungsreform in Italien*, 1998, pp. 399 y ss.

## EL ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO\*

## INTRODUCCIÓN

El método utilizado en este trabajo se corresponde con la teoría constitucional comparada desde una perspectiva cosmopolita, en cuanto ciencia de la cultura y de los textos<sup>1</sup>. Por motivos de tiempo, no se discuten de manera especial, sino que son verificados, en lo posible, en la propia materia. El tema se compone de dos elementos: el “Estado constitucional” y el atributo “europeo”. Resulta evidente la bipartición de lo que sigue, pues quizás solamente queda madurar en una síntesis por medio del debate.

---

\* Publicado en *Cuestiones Constitucionales*, México, N.º 2, enero-junio de 2000. Traducción del alemán de Francisco Balaguer Callejón.

1. El autor lucha desde hace años por esta teoría. Cfr. sus obras: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982; *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992; *Europäische Rechtskultur*, 1994.

## EL ESTADO CONSTITUCIONAL

### 1. La relación entre Estado y Constitución

El concepto de Estado constitucional une al Estado y a la Constitución sin determinar su relación recíproca. En mi opinión, hay en la tradición de los clásicos como R. SMEND o A. ARNDT (y todos nosotros nos mantenemos sobre los “hombros” de esos gigantes”, como “enanos” que ocasionalmente vemos, sin embargo, algo más lejos que ellos), tanto Estado como la Constitución configure. El Estado no es — como postulara, de buen grado, una tradición monárquica conservadora — algo primario y natural con lo que la Constitución (más o menos conformada) se relaciona. En el Estado constitucional democrático, los ciudadanos y las personas, su dignidad humana, son la “premisa antropológica y cultural”. Ellos mismos se “dan” la Constitución, como señalan, con mucho acierto, algunos de los nuevos textos constitucionales de Alemania oriental (por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de Brandemburgo de 1992). De Austria procede la consideración, de no poca importancia, de A. MERKL, acerca de lo excesivamente monárquica que había permanecido la doctrina del Derecho público alemán<sup>2</sup>. Esa huella se puede encontrar incluso en la actualidad,<sup>3</sup> aunque en la Europa unida de hoy no hay sitio ya para semejantes “retrasos” nacionales. Lo estatal conforma sólo un aspecto parcial de la *res publica* constituida; se puede hablar de un triple ámbito de la república: lo público, lo privado y lo estatal, que estructura la sociedad abierta, en el sentido de POPPER. A través de la imagen del Estado fundada sobre la dignidad de la persona, debería incorporarse cierto rigor hasta en las cuestiones singulares del Derecho público, por difícil que esto sea.

### 2. La comprensión de la Constitución. La Constitución como “cultura”, como “contrato” (el paradigma de la “Mesa Redonda” de 1989)

También aquí tenemos que expresarnos de un modo muy esquemático (toda ponencia debe ser tan corta como precisa, con objeto de incentivar un debate fecundo). El tema del Estado constitucional europeo exige una explicación sobre la comprensión de la Constitución. En este sentido, debe destacarse la función directiva y delimitadora de la Constitución, — proce-

2. MERKL, A., “Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre”, *Schweizerische Juristenzeitung*, 1920, Heft. 4, citado por PERNTHALER, P., “Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie”, *VVDStRL*, 25 (1967), pp. 96.

3. *Cfr.*, por ejemplo, ISENSEE, J., “Staat und Verfassung”, *HdBStR*, t. I, 1987, pp. 591 y ss.

sal y material a la vez — que caracteriza su búsqueda de principios a mitad del camino entre el idealismo y la conexión con la realidad<sup>4</sup>.

La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones “vivas”, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las “informaciones” culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría, sobrevenidas. Igualmente profunda es su validez cultural. Esto sería expresado de la manera más hermosa en una imagen de GOETHE, reformulada por HELLER: la Constitución es “forma nacida de la vida”.

Mientras que la Constitución pensada como cultura resulta actual, parece ficticia concebida como contrato. ¿Qué significa tal cosa? Significa que en el Estado constitucional son útiles las teorías del contrato social, ante todo en la variante de KANT, como “piedra de toque de la razón”, o también en la versión de John RAWLS (“el velo de la ignorancia”) siguen siendo útiles en el Estado constitucional. Nosotros tenemos que construir la Constitución, así como al Derecho y al Estado en cuanto aspectos particulares de ella, “como si” descansaran sobre un contrato de todos con todos (en el sentido de LOCKE). El pacto constitucional de los padres peregrinos del *Mayflower*, el juramento de “Rütli” en Suiza (1291), y los posteriores desarrollos del modelo contractual, son acontecimientos reales y afortunados, que nosotros tenemos que integrar en el concepto de Constitución con siempre renovada tolerancia y entendimiento de todos. La democracia de concordancia suiza o el federalismo recurren al modelo de contrato, más fácilmente que el Estado nacional centralizado. Y, sin embargo, una idea ha saltado como una chispa del *annus mirabilis* de 1989: el paradigma de la “Mesa Redonda”. Inventado (quizás debería decirse: descubierto) por la *Solidarnosc* de Walesa, este paradigma ha escrito historia mundial y ha hecho historia constitucional, en la transición de los sistemas totalitarios a la sociedad abierta del Estado constitucional. Por todas partes se llega a la

---

4. Cfr. HÄBERLE, P., “Die Funktionenvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des gemischten Verfassungsverständnisses”, *FS Schindler*, 1989, pp. 701 y ss.; también en (del mismo autor): *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, cit., pp. 263 y ss.

Mesa Redonda, últimamente quizás en Codesa, Sudáfrica. La Mesa Redonda puede fundamentarse en la teoría constitucional, inordinarse a la ciencia de la cultura y legitimarse en el discurso teórico del consenso. La Mesa Redonda simboliza una comunidad política en la que muchos coexisten en pie de igualdad, unos con otros. La igual distancia y proximidad de todos los miembros, la reconstrucción del diálogo de unos con otros, rompe con las estructuras totalitarias del poder. Es la mejor transposición visual del igualitario "entenderse y tolerarse" que caracteriza a las Constituciones pluralistas. El círculo y la mesa (redonda), esa metáfora podría considerarse algo así como un "gen cultural" de la humanidad.

### 3. Los tres elementos tradicionales del Estado y el "cuarto": La "cultura"

A los capítulos tradicionales de la teoría general del Estado, tratados (en parte de manera crítica) por PERNTHALER,<sup>5</sup> pertenecen los tres "elementos del Estado", el pueblo, el poder y el territorio. De manera paradigmática, la Constitución no tiene sitio en esa triada. Esto caracteriza precisamente a la Teoría general del Estado, y la convierte también en cuestionable. Una teoría de la Constitución que merezca tal nombre tiene que buscar la integración: la Constitución es, si no ya el "primer" elemento del Estado, en todo caso, un elemento esencial. En concreto: la teoría de los elementos del Estado tiene que ser declinada (conjugada) a través del concepto ya mencionado de cultura. La Constitución es una parte de la cultura y forma si se quiere (en realidad: tiene que formar), un "cuarto" elemento. Dürig había ya aventurado tempranamente (1954) esta idea, de manera tendencial, aunque sin haberla formulado<sup>6</sup>. Hoy, cuando muy tarde, debe darse ese paso en la teoría de la Constitución. Esto significa que también los restantes elementos del Estado deben ser "llenados" por la ciencia de la cultura. Comenzando por el pueblo como "conjunto de personas sometidas al Derecho" (KANT), pero igualmente en el *status culturalis*. La diversa identidad de los pueblos de Europa es de tipo cultural y conforma la pluralidad de Europa.

El territorio del Estado es un terreno culturalmente perfilado, un "espacio cultural", no un *factum brutum*<sup>7</sup>. En este sentido puede sernos de

5. Cfr. PERNTHALER, P., *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 1986, pp. 82, 85 y ss., 111 y ss.; cfr. Igualmente la crítica en Saladin, P., *Wozu noch Staaten?*, 1995, pp. 16 y ss.

6. "Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither", *VVDStRL*, 13, 1955, pp. 27 (pp. 37 y ss.).

7. Cfr. mi trabajo "Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre", *FS Batliner*, 1993, pp. 397 y ss.

ayuda la noción de HERDER sobre la historia como “geografía en movimiento”<sup>8</sup>. El poder del Estado está, por su parte, culturalmente determinado, sin que se pueda concebir de manera natural: se fundamenta normativamente en el Estado constitucional que lo limita, y está al servicio de la libertad cultural. Hasta qué punto es esto necesario, nos lo muestra de manera dramática la guerra civil de la ex Yugoslavia.

Acerca de qué y cómo se pueden componer los elementos del Estado desde el punto de vista científico-cultural, se indican aquí sólo unos rasgos generales: no sólo en el “federalismo cultural” de Suiza y de raigambre alemana, no sólo en el “nuevo regionalismo” que quizás madure en Italia, pues de la diversidad surge la fuerza creadora de lo cultural, evidente para el Estado constitucional, que se manifiesta en todas las formas de aparición del Derecho constitucional cultural. Comienza con los fines educativos como la tolerancia, la responsabilidad y, como algo nuevo: la conciencia ambiental (*cfr.* las Constituciones de Alemania oriental, como el artículo 28 de la de Brandeburgo, el 22 de Turingia, anteriormente también en la Constitución de Baviera), y termina o comienza asimismo con la educación en materia de derechos humanos, como exigen ya las nuevas Constituciones. Esto conduce a la plenitud de libertades culturales específicas como las libertades ideológica, artística y científica, profundamente conectadas todas ellas en el dicho de GOETHE: “Quien tiene ciencia y arte, tiene también religión; quien no las tiene, que tenga religión”<sup>9</sup>. Sigue con la comprensión de los artículos referentes a la lengua y las fiestas nacionales, los símbolos estatales (como los himnos), así como con la protección intensiva de los bienes culturales, que puede documentarse, tanto a nivel interno como supranacional, en el impresionante proceso de crecimiento cultural de los textos (así: el “patrimonio cultural” de la humanidad y de las naciones)<sup>10</sup>.

#### 4. La dignidad del hombre como “premisa cultural antropológica” del Estado Constitucional, la democracia como “consecuencia organizativa”

“No todo el poder del Estado procede del pueblo” decía STERNBERGER, y BRECHT cuestionó la conocida fórmula clásica (“todo el poder

8. En relación con los países en vías de desarrollo, *cfr.* mi “Studien über die Entwicklungsländer und Kleinstaaten”, *Rechtsvergleichung*, cit., pp. 791 y ss.

9. *Cfr.* mi estudio “Die Freiheit der Kunst in kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht”, en LERCHE, P. y otros, *Kunst und Recht*, 1994, pp. 37 y ss.

10. *Cfr.* mi trabajo “Nationale und internationaler Kulturgüterschutz”, en FECHNER, F./OPPERMANN, T. (Hrsg.), *Kulturgüterschutz*, 1995, pp. 91 y ss.

viene del pueblo”) con la pregunta: “¿pero, adónde va?”. Nosotros deberíamos aventurar hoy la idea de que, en el Estado constitucional, el poder constituido del Estado vuelve a los ciudadanos, de los que procede. “El pueblo” no es “titular” del poder constituyente en un estado de naturaleza real o ficticio; no está sin constituir y no decide normativamente desde la nada, en el sentido del positivismo sociológico de un SCHMITT<sup>11</sup>. Los sujetos son los ciudadanos unidos culturalmente entre ellos, la comunidad de los ciudadanos. La localización en los ciudadanos del llamado “poder constituyente” construye también el puente para el principio democrático. La democracia es la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre, no es más, pero tampoco es menos. A partir de ahí se forman, en pie de igualdad, las variantes de democracias directas e indirectas, que, en el mejor de los casos, se combinan como “fórmula mixta”. La concepción de la “democracia indirecta” como la apropiada<sup>12</sup> se revela como una jerga muy alemana sobre “lo apropiado” (Adorno). De ese entendimiento de la democracia surgen también cuestiones sobre el déficit democrático en la Unión Europea, sobre el espacio público europeo, y sobre un derecho de partidos europeos, que está por constituirse (*cfr.* artículo 138a del Tratado de Maastricht).<sup>13</sup>

El principio de la dignidad humana será elaborado por el Tribunal Constitucional Federal sobre la base de la formulación de DÜRIG y desarrollado culturalmente<sup>14</sup>. Debe mencionarse también la cuestión de la imagen del ser humano, “moderadamente optimista”, aunque provista de un cierto escepticismo como el que se encuentra en MONTESQUIEU (“El hombre tiene por naturaleza a abusar del poder”):<sup>15</sup> todas las formas de la división de poderes en su sentido estricto (estatal) y amplio (en la sociedad), tienen aquí su raíz. El lema: “retorno a la naturaleza” (ROUSSEAU) debe sustituirse por el de GEHLEN: “retorno a la cultura”. La educación como formación es la otra cara de toda libertad fundamental, también y precisamente, en la “Constitución del pluralismo”.

11. *Cfr.* HÄBERLE, P., “Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat, eine vergleichende Textstufenanalyse”, también en *Rechtsvergleichung*, cit. pp. 135 y ss.

12. BÖCKENFÖRDE, E.-W., “Mittlerbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie”, *FS Eichenberger*, 1982, pp. 301 y ss.

13. *Cfr.* en la doctrina, TSATSOS, D., SCHEFOLD, D., SCHNEIDER, H.-P. (Hrsg.), *Parteienrecht im europäischen Vergleich*, 1990.

14. *Cfr.* mi trabajo “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en *HübStR*, t. I, 1987, pp. 815 (839 y ss.). *Cfr.* igualmente, HOFMANN, H., “Die versprochene Menschenwürde”, *AöR* 118 (1993), pp. 353 y ss.

15. *Cfr.* mi estudio *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

## 5. La Constitución del pluralismo: Formas de una diferenciación y apertura exterior del Estado Constitucional

La Constitución del pluralismo debe ser reivindicada hoy especialmente en tres campos: en el ámbito nacional, en la exigencia de federalización o de regionalización y en la apertura de todos los Estados constitucionales hacia la comunidad internacional ("Estado constitucional operativo").

### a) *Nación y Estado constitucional: normalización-relativización, normativización-la protección de las minorías.*

El Estado constitucional europeo tiene que darse cuenta hoy, como rara vez tuvo que hacerlo antes, de la importancia de lo nacional. ¿En qué lugar se encuentra la nación en la "Europa de los ciudadanos", de las "regiones", de las "patrias"? ¿Son idénticos, en parte o totalmente, nación y Estado constitucional? Nos puede ser de ayuda la poetisa Sarah KIRSCH, para quien se trata más de la lengua materna que de la patria<sup>16</sup>. El debate actual sobre la identidad nacional no puede desarrollarse aquí en su integridad, aunque sí es posible dar algunas indicaciones. El Estado nacional clásico no puede ya considerarse un modelo obligado para el Estado constitucional. En su actual nivel de desarrollo, todos los Estados constitucionales, ya sean mono o multiculturales, tienen que ser concebidos de manera pluralista: incluso Francia, que encuentra su identidad cultural y política en la "república", tiene que ser tolerante con el Islam, como que ya es segunda religión del país. Suiza ha construido hace tiempo, también gracias a su ejemplar libertad lingüística, un camino hacia el pluralismo interno. Alemania lucha dolorosamente por la protección expresa de las minorías culturales; la en gran parte poco afortunada "Comisión Constitucional Conjunta" ha trabajado sobre ello, aunque no se haya materializado en las reformas constitucionales puntuales de otoño de 1994<sup>17</sup>. Esto sorprende todavía más si se tiene en cuenta que las nuevas Constituciones de los Länder han aventurado cláusulas ejemplares de protección de las minorías; así, el artículo 5.º de la Constitución de Schleswig-Holstein (1990), el artículo 25 de la Constitución de Brandemburgo (1992) y el artículo 5.º de la Constitución de Sajonia (1992).<sup>18</sup>

16. KIRSCH, Sarah, "Von einer Hexenjagd auf Konservative kann wirklich nicht die Rede sein", FAZ de 30 de septiembre de 1994, pp. 39.

17. El texto del artículo 20b propuesto debería decir: "El Estado respeta la identidad de las minorías étnicas, culturales y lingüísticas" (cito por el informe de la CVK, 5/93, 193, pp. 31); *cfr.* mi propuesta anterior, en "Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus", *Die Verwaltung*, 24 (1991), pp. 169 (206 y ss.).

18. *Cfr.* textos y comentarios en *JöR*, 42 (1994), pp. 149 y ss.

Aquí y ahora puede aventurarse la afirmación de que la plena protección étnica, cultural, religiosa, etcétera, de las minorías pertenece, en mi opinión, al nivel de crecimiento actual del Estado constitucional y tiene que reflejarse en un desarrollo más maduro de los textos. El Consejo de Europa vigila las reformas en los países del Este europeo, para determinar cuán intensa es su protección de las minorías, cuestión que es de actualidad en Letonia (en relación con la minoría rusa). La nueva Constitución de Rumania presenta aquí un déficit enorme<sup>19</sup>. La protección de las minorías es un elemento estructural naciente del Estado constitucional, sobre todo en Europa. La teoría constitucional tiene que hacer todo posible por promoverlo. El desarrollo más avanzado se da en Hungría, que considera a las minorías como "factores de integración del Estado". En el extremo opuesto se puede mencionar la barbarie en la ex Yugoslavia, donde en algunos estados la "limpieza étnica" parece desplegar una fuerza conformadora del Estado. Aquí se hace una cruel realidad la metáfora de la "banda de ladrones", convirtiendo a la ex Yugoslavia en campo de estudio de la imagen del hombre, la concepción del Estado, la regresión de la cultura, etcétera.

Desde el punto de vista teórico-constitucional, la protección de las minorías se manifiesta como una forma de diferenciación interna del Estado constitucional, como relativización y refrenamiento normativo de lo nacional. En el estadio de desarrollo del Estado constitucional, sólo es posible hablar de una "Constitución del pluralismo", si existe una protección suficiente de las minorías, la que en tal sentido comienza con la tolerancia y respeto a la dignidad de los otros, como fines de la educación, y termina como un *ombudsman* y con cláusulas formalizadas de protección de las minorías<sup>20</sup>. Un término clave es el de "república abierta" (Oberndörfer).

b) *Federalismo y (naciente) regionalismo como principio estructural interno del Estado constitucional.*

Aquí seré muy conciso en mi bosquejo, por lo que formulo únicamente la tesis: el Estado constitucional como modelo tiene que estructurarse hoy de manera federal o regional. Incluso Estados unitarios clásicos como

---

19. Cfr. mi "Einführung und Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd)Osteuropa und Asien", *JöR*, 43, (1995), pp. 335 y ss., 419 y ss.

20. Cfr. *Die multikulturelle und multiethnische Gesellschaft*, hrsg. FL.EINER, T. (Fribourger Föderalismus-Institut), 1995.

Francia, marchan por el camino de la regionalización. Desde Europa ese desarrollo ha conseguido un fuerte impulso (incluso en el Tratado de Maastricht: *v. gr.* el Comité de las Regiones, artículo 198)<sup>21</sup>. El tiempo del Estado unitario centralizado ha terminado para el Estado constitucional. Basado sobre los derechos humanos y ciudadanos, el Estado constitucional descubre la pluralidad cultural interna, reconoce el valor de las distintas formas de división del poder y comienza a valorar en serio la democracia local, diversificándose en un sentido federalista o regionalista<sup>22</sup>.

c) *La apertura del Estado constitucional a la comunidad internacional (el "Estado constitucional cooperativo")*

La naturaleza abierta (VOGEL) del Estado constitucional cooperativo (HÄBERLE)<sup>23</sup> marca un nuevo indicador del nivel de desarrollo actual en nuestra materia.

Los pactos internacionales de derechos humanos, pero también los correspondientes convenios regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos, forman un elemento de esa apertura hacia el exterior del Estado constitucional. Ello es expresivo hoy de la existencia de una "comunidad mundial de Estados constitucionales". Pensamos que con la intención cosmopolita, en el sentido de KANT, a pesar de todos los procesos y las recaídas en la era nacional. Resulta tan perceptible el condicionamiento supranacional del Estado (VON SIMSON), como el condicionamiento estatal de lo supranacional. Nos situamos, de este modo, en el segundo elemento que referíamos al principio: lo "europeo" en el Estado constitucional.

---

21. Cfr. STEIN, T. "Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus", *VVDStRL*, 53 (1994), pp. 26 (pp. 41 y ss.). Sobre la doctrina austriaca, cfr. MORASS, M., *Regionale Interessen auf dem Weg in die Europäische Union*, 1994; H. SCHÄFFER, "Die Länder-Mitwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Integration", *FS Schumbeck*, 1994, pp. 1003 y ss.; cfr., en el mismo lugar, el trabajo de Weber, pp. 1041 y ss.

22. Sobre esos motivos de legitimación, cfr. HÄBERLE, P., "Grundfragen einer Verfassungstheorie des Regionalismus in vergleichender Sicht", en KRÄMER, J. (Hrsg.) *Regionalismus*, Hannover, 1996. Existe versión española (por Francisco Balaguer Callejón y F. de Borja López Jurado) en HÄBERLE, P., "Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada", en AAVV, *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, vol. II, pp. 1161-1190.

23. HÄBERLE, P., "Der kooperative Verfassungsstaat" (1978), en la obra del mismo autor, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, pp. 407 y ss.

## EL ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO

En este breve apartado se esbozará, en cinco puntos, lo específicamente europeo del modelo de "Estado constitucional".

### 1. El Estado Constitucional como obra común y proyecto europeo-atlántico

El Estado constitucional europeo no podría ser concebido, ciertamente, sin las aportaciones de Norteamérica. En otras palabras: el Estado constitucional europeo ha sido históricamente y hasta hoy, una obra común de Europa y de los Estados Unidos, un proyecto no terminado, permanentemente abierto, que se desarrolla en el nivel de maduración de los textos. Esta evolución comienza con la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, al mismo tiempo que con la obra de SMITH, *La riqueza de las naciones*, así como los *Federalist Papers* (1787) y continúa en algunos hitos del Estado constitucional, como el desarrollo del federalismo y de la jurisdicción constitucional en Estados Unidos. Ciertamente, en Europa se elaboraron previamente algunos antecedentes. Las ideas de LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU y, en general, los textos clásicos como los de JONAS o Sir K. POPPER últimamente, influyen en cuanto Derecho constitucional en sentido amplio. Todo esto se ha condensado en un patrimonio cultural del Derecho atlántico-europeo de procedencias individuales diversas, que difícilmente se pueden inventariar en conjunto, pero que aparecen en las fechas clave de 1789, 1848, 1945. A ello hay que añadir las partes constitutivas de la cultura jurídica europea, que tienen hoy su lugar bajo el "techo" de la Constitución sin renunciar a su identidad: así, por ejemplo, la estructura propia del "Derecho civil común europeo" que nos conduce al Derecho romano. Deben mencionarse también la historicidad y el carácter científico de la dogmática jurídica; la independencia de la jurisdicción, en correspondencia con la división de poderes; la neutralidad ideológica y confesional del Estado que se deriva de la libertad religiosa; la cultura jurídica europea como diversidad y unidad, así como la tensión entre el particularismo y la universalidad de la cultura jurídica europea<sup>24</sup>.

La teoría constitucional europea debe subrayar que cada nación ha prestado, a largo plazo, su específica aportación a esta obra colectiva: Gran

24. Cfr. HÄBERLE, P., *Europäische Rechtskultur*, 1994, especialmente pp. 21 y ss.

Bretaña, la democracia parlamentaria, Francia, los derechos humanos de 1789; Suiza, el Estado federal de 1848; Austria, la jurisdicción constitucional (1920); Italia y España, el regionalismo (en 1947 como texto constitucional temprano, en Italia; desde 1978 como realidad constitucional sólida en España); Alemania, la ampliación de la jurisdicción constitucional, quizás el derecho eclesiástico del Estado, a veces, teorías avanzada sobre derechos fundamentales.

Para mostrar la luz que cada cultura jurídica nacional ha dado a la cultura europea común, sería necesario contar con un SCHILLER de la teoría constitucional europea, que vinculara sus obras *María Estuardo* por Inglaterra, *Guillermo Tell* por Suiza, *Don Carlos* por España, *La doncella de Orleans* por Francia y (sin concluir) *Demetrio* por Rusia.

## 2. La europeización del Estado Constitucional

La europeización del Derecho en su conjunto, pero también de sus disciplinas particulares, ha prosperado hasta llegar a ser una expresión conocida. El "Derecho civil común europeo" (caracterizado inicialmente por KÖTZ)<sup>25</sup>, encuentra su correspondencia en el "Derecho constitucional común europeo"<sup>26</sup>. Indicaciones posteriores nos proporciona Coing y su frase: "desde Bolonia hasta Bruselas", en cuanto a las investigaciones sobre la historia jurídica europea, pero también los esfuerzos en el ámbito del Derecho laboral o social, y también en materia del derecho penal europeo. Para la teoría constitucional esos desarrollos generales, que no deberían perderse en la indefinición, pueden manifestarse en tres ámbitos, que veremos a continuación.

### a) La "europeización" por medio del Derecho europeo en su sentido amplio y estricto

Derecho europeo en sentido estricto es el derecho comunitario de la Unión Europea. En la ciencia ha conducido a aportaciones tan brillantes como el "Derecho administrativo europeo" (SCHWARZE, 1988), el hallaz-

25. KÖTZ, H., "Gemeineuropäisches Zivilrecht", *FS K. Zweigert*, 1981, pp. 481 y ss.

26. HÄBERLE "Gemeineuropäisches Verfassungsrecht", *EuGRZ*, 1991; ahora en la obra del mismo autor, *Europäisches Rechtskultur*, 1994, pp. 33 y ss. Existe versión española (por Emilio Mikunda) "Derecho constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, N.º 79, 1993.

go del derecho privado europeo en la Comunidad Europea (P.-C. MÜLLER-GRAFF, 1989), y acciones precursoras, como el derecho comunitario europeo de Ipsen (1970). La jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Comunidad Europea ha contribuido, por ejemplo, con la consideración de los derechos fundamentales como "principios generales", que ha hecho aparecer al Derecho europeo casi como un Derecho pretoriano análogo al Derecho de los juristas en Roma. El Derecho europeo en sentido amplio, es el Derecho del Consejo de Europa, que tiene su punto culminante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Austria y Suiza han sido miembros pioneros respecto a otros Estados, al atribuir a la Convención Europea de Derechos Humanos rango constitucional<sup>27</sup>. Este derecho europeo, en sentido amplio, debería contar con la atención de la teoría constitucional europea, puesto que conforma un nivel de crecimiento del propio Estado constitucional Europeo.

b) *El Derecho constitucional común europeo*

El Derecho constitucional común europeo, introducido en el debate en 1991<sup>28</sup> describe un aspecto del Estado constitucional europeo. Se alimenta del pensamiento jurídico y de los principios comunes (en el sentido de Esser), sin querer suprimir la diversidad de las culturas jurídicas nacionales. No es posible describir aquí cada uno de los elementos singulares que integran este concepto, pues debemos referirnos a otras cuestiones.

c) *El Derecho constitucional europeo "nacional"*

Una dimensión hasta ahora poco estudiada de la europeización será caracterizada aquí como Derecho constitucional europeo "nacional"<sup>29</sup>. Con

27. Cfr. BLECKMANN, A., "Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?", *EuGRZ*, 1994, pp. 149 y ss.

28. Véase, *supra*, referencia a mi trabajo del mismo nombre en la nota 26.

29. Cfr. mi trabajo "europaprogramme neuerer verfassungen und verfassungsentwürfe für den ausbau von nationalem europaverfassungsrecht", *fs everling*, 1995, pp. 335 y ss. Recientemente el SPD propuso en Baviera, a través de su portavoz sobre política europea, una reforma de la Constitución de Baviera con un nuevo artículo sobre Europa (cito por el *Nordbayerischer Kurier* de 25 de abril de 1995, pp. 5) con el siguiente texto: "Baviera promueve la Unión Europea y aboga por la participación de las regiones autónomas en la formación del a voluntad de las comunidades europeas y la Europa unida. Baviera coopera con las otras regiones europeas y apoya las relaciones transfronterizas entre las comunidades e instituciones vecinas".

ello nos referimos a los artículos sobre Europa —cuantitativa y cualitativa— que pueden encontrarse en las Constituciones europeas. La Ley Fundamental alemana, en particular, ha incorporado recientemente muchos artículos de esa naturaleza (artículos 23, 24.1a, 45, 50 y 88.21 párrafo).

En las nuevas Constituciones de los *Länder* de Alemania oriental se encuentran, siguiendo el modelo del Sarre (artículo 60 de la Constitución de 1992), impresionantes programas europeos, por ejemplo, en relación con el regionalismo transnacional. Incluso el Cantón de Berna hace referencia a Europa en su Constitución de 1993 (artículo 54.1). Susceptibles de desarrollo son las referencias expresas a la Convención Europea de Derechos Humanos (*cfr.* el Preámbulo de la Constitución de Jura de 1977 y el artículo 2.3 de la Constitución de Brandemburgo de 1992). En esa evolución es importante destacar que el Estado constitucional nacional interioriza aquí la idea de Europa, convirtiéndola en un asunto propio de manera más intensa que lo que el derecho europeo en sentido estricto le permite, considerado más como algo que crece “desde afuera”. Precisamente hoy, cuando salen a relucir algunas dudas e inseguridades frente a la Unión Europea, este Derecho constitucional europeo “interno” puede preparar el camino para la “Europa de los ciudadanos y las regiones” y hacer crecer nuevas posibilidades de identificación y más “conciencia europea”. En todo caso, estos artículos sobre Europa se inscriben dentro del proceso de desarrollo del “Derecho constitucional europeo, en tanto queda abierto de qué “Europa” se habla.

De la formación y el desarrollo del “Derecho constitucional europeo nacional” en sus múltiples formas de aparición, se derivan también consecuencias en relación con problemas constitucionales concretos, como las cuestiones particulares que plantea el artículo 32 de la Ley Fundamental. Su apartado 1 tiene que leerse de manera completamente nueva, “europeizada”. Si desde 1949 ha dicho: “Corresponde a la Federación la conducción de las relaciones con los Estados extranjeros”, desde el nuevo artículo sobre Europa (artículo 23 de la Ley Fundamental) de 1992, puede cuestionarse si los Estados operantes en el contexto de Europa son realmente aún “Estados extranjeros”. En otras palabras: los Estados europeos ya no son más, recíprocamente, “país extranjero”. El esquema exterior-interior está esencialmente en cuestión en Europa. Esto significa, por ejemplo, que la creciente política europea de los *Länder* no se ampara sólo en el artículo 23 de la Ley Fundamental. También el artículo 32.2 debe leerse de nuevo a la luz de la europeización. “Condiciones particulares de un *Land*” puede incluir también su participación regional europea. La discutida “política exterior adjunta” de los *Länder* alemanes no lo será más en la “confederación de

Estados" europeos. Esta derivación del derecho constitucional europeo nacional exige una revisión interpretativa o constitucional de preceptos como el artículo 32 de la Ley Fundamental. La europeización del hasta ahora clásico Derecho constitucional nacional puede provocar el desmoronamiento de construcciones dogmáticas completas.

Un cuestionamiento y relativización del elemento "territorio del Estado" se encuentran en el nuevo tipo de artículos constitucionales de los últimos tiempos sobre el tema "vecindad" y la correspondiente superación de fronteras. Pensamos en el nuevo (1992) artículo 24.1a de la Ley Fundamental: la transferencia de derechos de soberanía a las "instituciones colindantes"; también en el siguiente párrafo del Preámbulo de la nueva Constitución del Cantón de Appenzell A. Rh. de abril de 1995: "Queremos, más allá de las fronteras, conformar un orden vital libre, pacífico y justo", esto significa, ciertamente, más allá de las fronteras internas y externas, sobre todo cuando en el artículo 1.2 de esa Constitución se habla de cooperación "con los otros cantones y con los países extranjeros vecinos".

### 3. El concepto abierto de Europa, la incorporación de Europa del Este

Después de "1989" es indudable que Europa se ha abierto hacia el Este y que debe abrirse a los Estados poscomunistas reformados. A ello se agrega que esos países, como las repúblicas bálticas, Polonia, Hungría, Rumania y Bulgaria, quieren volver, declaradamente, "hacia Europa". La intensidad y riqueza del proceso de recepción del Oeste por el Este en la adopción literal de muchos principios de los Estados constitucionales en Europa occidental, que se puede comprobar en las nuevas Constituciones de allí, nos muestra hasta qué punto el Estado constitucional europeo se ha convertido en atractivo para el Este, el Sudeste, el Centro de Europa en sus elementos integrantes: los derechos fundamentales, la democracia, la economía de mercado, la división de poderes, el Estado de derecho<sup>30</sup>.

A esto se añade la presión de estos Estados reformados para convertirse en miembros del Consejo de Europa o de la Unión Europea, aunque formalmente están ya en camino de convertirse en participantes en el derecho europeo, en sentido amplio y estricto. A medio plazo, sus culturas jurídicas nacionales querrán y podrán realizar, ciertamente, nuevas y pro-

---

30. Cfr. mi trabajo "Verfassungsentwicklungen in Osteuropa-aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre" (1992) ahora en *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 101 y ss.

pías aportaciones. Será decisivo, sin embargo, que el concepto de Europa se manifieste tanto en sentido geográfico como cultural, flexible y abierto hacia el Este, quizás hasta los Urales. ¿Pertenece también Turquía a los Estados constitucionales europeos, o adolece del sentido geográfico o jurídico-cultural? (se cierne, desde luego, la amenaza del retorno al fundamentalismo islámico). Probablemente se pueda concebir el concepto de Europa como un conjunto abierto, que permanece flexible en sus fronteras y que está integrado por elementos geográficos, culturales y jurídico-culturales que no son enteramente idénticos.

#### 4. El "jurista europeo"

Como cuarta característica del Estado constitucional europeo, debe destacarse el "jurista europeo". En cuanto una sociedad abierta de los constituyentes e intérpretes europeos comienza a desarrollarse, surge una sociedad abierta de juristas europeos. Ya en los tiempos de Weimar había en los diversos países teorías del Derecho público que cultivaban la ciencia jurídica europea; en Italia podría mencionarse un MORTATI, en Francia un HAURIOU, y en España un RUBIO LLORENTE. En el plano estudiantil los programas "Erasmus", "Sócrates" y "Tempus" abren el camino para un "jurista europeo". ¿Qué lo caracteriza? No sólo el conocimiento del Derecho europeo en sentido amplio y estricto, aunque esto también lo sea. El "jurista europeo" debería, en cada cuestión de su Derecho nacional, reflexionar siempre, desde el principio, acerca de las similitudes y diferencias con otros Estados constitucionales europeos y sus correspondientes derechos, sobre los "hombros de los gigantes", desde Aristóteles y los juristas romanos y sus textos clásicos, también la jurisprudencia; incluso son relevantes los textos de poetas como SHAKESPEARE (en *El mercader de Venecia*); también los de un SCHILLER sobre el Derecho natural. El Derecho comparado en el campo de tensión de la cultura jurídica europea encuentra su ámbito de práctica natural, por ejemplo, como "quinto método de interpretación" desde el canon de SAVIGNY de 1840. También los diferentes géneros doctrinales tienen que contribuir a esa europeización "interna": a través de la incorporación integradora de los órdenes jurídicos de otros países en Europa. Sólo así será completada la "europeización" de Europa en el campo del derecho<sup>31</sup>. Lo que la jurisdicción constitucional europea, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

---

31. Cfr. mis estudios en *Europäische Rechtskultur* (1994), cit., *passim*.

aportan a la comparación jurídica, debería convertirse en la tarea normal de todo jurista europeo.

## 5. La cuestión de la verdad en el Estado constitucional

Con esta última indicación se cierra el círculo y se abre al mismo tiempo. El Estado constitucional europeo forma un foro incomparable para la cuestión de la verdad: no porque conozca “verdades absolutas, acabadas”, proclamadas e impuestas a través de los juristas, sino porque gracias a los derechos fundamentales como libertades culturales, y gracias a la democracia como “gobierno temporal”, en el sentido de POPPER, permite derribar a los gobiernos sin derramar sangre y dejar morir a las teorías en lugar de las personas. El “racionalismo crítico” de POPPER, conectado con el consenso cultural fundamental, que se presenta, en el eje del tiempo, como “contrato cultural entre generaciones” es, en mi opinión, la filosofía convincente del Estado constitucional europeo. Esto significa que la verdad existe, aunque nosotros no podemos saber si la hemos reconocido.

Todo lo que podemos hacer es “proyectar y suponer”. El proceso de ensayo y error, la formulación de hipótesis falsables y la interdicción de la mentira (KANT) nos ayudan “de momento” en el acercamiento a la verdad en el campo científico y político. Pensamos en los textos pertinentes de Lessing y en la concepción de la ciencia de VON HUMBOLDT. La “Constitución de la libertad” se encuentra aquí con la sociedad abierta hasta la transformación práctica en la Europa de hoy.<sup>32</sup> Ciertamente uno se debería guardar de tener una “filosofía casera”; sin embargo, me parece que para la “casa europea” abierta y su correspondiente Estado constitucional de la actualidad, resulta especialmente apropiado el pensamiento de POPPER.

## PERSPECTIVAS Y CONCLUSIÓN

La representación del Estado constitucional europeo no puede ser única: una nueva forma de “eurocentrismo”. No puede hacerse, por ejemplo, como aislamiento de los países en desarrollo sino con la construcción de puentes. Así, deben conservarse los lazos incomparables existentes en-

---

32. Cfr. mi trabajo *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995; aspectos parciales antes en *FS Mahrenholz*, 1994, pp. 149 (pp. 161 y ss.).

tre Europa y Latinoamérica, gracias a España (recientemente, se constata esto en la línea que va desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta la de Colombia de 1991). También debe intentarse el diálogo con los países islámicos (quizás sea posible una aproximación si tenemos presente la feliz simbiosis de las tres religiones mundiales en España hasta 1492). La “universalidad” de los derechos humanos tiene que dejar espacio para las variantes culturales en el contexto de los países lejanos. La “paz perpetua” en el sentido de KANT y (aquí necesita la sociedad abierta “utopías concretas”) permanece como un proyecto obligado. En el Estado constitucional europeo se tiene un puntal: con propósitos cosmopolitas y con consecuencias cosmopolitas.

## NORMATIVIDAD Y REFORMABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CIENCIAS DE LA CULTURA \*

### INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

El ideal del Estado constitucional basado en principios tales como dignidad humana, democracia, división de poderes, sistema jurídico, social y cultural, es una conquista del mundo Occidental, como resultado de procesos culturales evolutivos y como manifestación de la “tradicón cultural” compendiada en el conjunto de las normas clásicas y en otros textos normativos. Al mismo tiempo, ese ideal de Estado enfrenta el reclamo de no retroceder en el nivel cultural alcanzado que, por el contrario, deber preservar y acrecentar.

El desarrollo del Estado constitucional nacional en su contextualización internacional, se transforma en una tarea global que puede acometerse a partir de la normatividad de las constituciones y su reformabilidad a la luz de las premisas propias de las Ciencias de la Cultura.

---

\* Publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación K. Adenauer, Buenos Aires 1999.

No somos más que enanos “subidos sobre los hombros” de gigantes como H. HELLER, R. SMEND y otros, que por obra de su capacidad personal, contribuyeron a preparar o a desarrollar la construcción histórica de nuestra Constitución (pensemos en la fórmula de H. HELLER del “Estado Social de Derecho”, o a los aportes de R. SMEND sobre la “unidad de la Constitución” o la interpretación de los derechos fundamentales). En cualquier caso, seguimos siendo apenas seres minúsculos sobre los hombros de estos colosos, aunque esa posición nos permite de tanto en tanto, prolongar el horizonte. Y nos inspira esperanza y confianza en poder continuar perfeccionando esta conquista de la cultura europea y atlántica que es el Estado constitucional, expuesto desde el *annus mirabilis* de 1989 a nuevos peligros y predecir, comentar y canalizar su futuro desarrollo, con el apoyo de una adecuada política científica, que intente prever la evolución de los acontecimientos.

También debemos dejar espacio suficiente para la perspectiva irónica, que indica el camino hacia las profundidades de la Historia de la Cultura y de la cultura política de los diferentes pueblos. Pensemos: resulta más fácil modificar 43 veces la Constitución que introducir una única reforma al régimen de horario de atención al público del comercio, sancionada en la década de los cincuenta.

Otro tema que merece nuestra atención es la diferente *vocación constitucional* o importancia que se asigna a la Constitución en la cultura política de los diferentes países.

## I. ANÁLISIS PREVIO Y ELECCIÓN DE MÉTODOS: CONSTITUCIÓN COMO SISTEMA O MÉTODO DE COMPARACIÓN DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y LAS NORMAS

1) Comencemos por plantearnos el análisis previo y la elección de los métodos tal como los establece J. ESSER<sup>1)</sup> en su *Vorverständnis und Methodenwahl*, en particular cuando se trata del Estado constitucional y su historia nacional. Para ello es preciso contar con informes empíricos, algo sólo posible gracias a las “herramientas” que facilita una doctrina constitucional jurídica descrita como ciencia jurídica *comparada* de normas y culturas. ¿Qué significa esto? La Constitución del Estado constitucional, resultado evolutivo de un proceso enriquecido por los textos de los clásicos desde

---

1. ESSER, J. *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1972.

ARISTÓTELES hasta los *Federalist Papers* (1787), desde MONTESQUIEU (1748) hasta el *Principio de Responsabilidad* (1984) de H. JONAS, que se proyecta a las futuras generaciones, se basa en el concepto de dignidad humana desarrollado por I. KANT como premisa antropológica de la cultura, y conduce a la democracia liberal como su *consecuencia* organizativa<sup>2</sup>. Es una “matriz que se adapta a los sucesivos desarrollos” como lo expresaran GOETHE o H. HELLER y tiene contenidos y procesos típicos, conjuntos de textos e instrumentos que son modificados, enriquecidos y desarrollados por las diferentes naciones — casi en una “acción concertada” o semejante a un gran “concierto europeo”. Gran Bretaña aportó la democracia parlamentaria, los Estados Unidos el federalismo, Francia, entre otras cosas, la división de poderes, Alemania la dogmática cuasiperfeccionista del derecho fundamental, Italia y España, el regionalismo. Se creó así un inventario europeo de material disponible para la solución de problemas, que en Europa ha hecho posible la aparición de tendencias que convergen hacia un “Derecho constitucional europeo”, y que a nivel mundial, permite pensar en un mínimo común denominar universal de derechos humanos y democracia, dignidad humana y Estado Social de Derecho. La doctrina constitucional, enfocada desde la perspectiva de un “ciudadano universal”, constituye —citando una vez más a I. KANT—, esa “dosis de utopía” que es indispensable para que el hombre pueda continuar marchando con “paso erguido” (E. BLOCH). Es indispensable para que, aun en años ensombrecidos por las guerras civiles en los Balcanes o por los desafíos del fundamentalismo islámico, los derechos humanos puedan constituirse en “objetivos básicos del proceso educativo”, tal y como lo exigen los Pactos de Naciones Unidas y los documentos de la UNESCO<sup>3</sup>.

2) Creo que en todo ello resulta útil recurrir tanto a un sistema de jerarquía de normas constitucionales, como a un análisis constitucional comparado. Hablar de *sistema de jerarquía de normas constitucionales* significa reconocer que en todo el mundo existe hoy una “sociedad abierta de constituyentes”, una suerte de comunidad de producción y recepción, en la que los constituyentes más jóvenes adoptan primero los textos de otras consti-

---

2. Respecto a las elaboraciones véase mis estudios: *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981; *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, 2. edic. 1998 (traducciones al italiano, japonés y español en preparación); *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en: *HuBStR* T. I (1987), pp. 815 y ss., 2. edic. 1995, pp. 815 y ss.

3. Sobre estas causalidades: HÄBERLE, P., *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981. En 1994 la “función educadora de las escuelas” fue uno de los temas abordados por el Congreso sobre Doctrina Constitucional alemana celebrado en la ciudad de Halle [*VVDStRL* 54 (1995), pp. 7 y ss. (con la ponencias de M. BOTHE y A. DITTMANN)].

tuciones más antiguas, cercanas geográficamente, por ejemplo, pero que luego “actualizan” estos textos a la luz de la *realidad* o la *praxis* constitucional de estas otras constituciones foráneas más antiguas. Así, observamos la recepción de decisiones de principio del Tribunal Constitucional alemán en España, el perfeccionamiento del regionalismo italiano en ese mismo país, la incorporación de elementos del modelo alemán de un sistema de radio-difusión pluralista, en otros países, etc. Observamos la institucionalización del voto particular en el art. 164 inc. 1, frase 1 de la Constitución española, luego de haber sido incorporado al Derecho alemán mediante una reforma a la Ley de creación del Tribunal Constitucional (1971). También en Italia, la Bicameral presentó un proyecto destinado a incorporar el voto particular en la Constitución. Observamos también como en la Constitución francesa, el artículo referido a partidos políticos (art. 4 de la Constitución de 1958) se apoya en el modelo alemán (art. 21 de la Ley Fundamental) y cómo va desarrollándose un Derecho Constitucional europeo nacional (art. 23 de la Ley Fundamental). Actualmente, estos puntos se están analizando en Grecia e Italia<sup>4</sup>. Asistimos, además, a la difusión del concepto alemán de *Rechtsstaat* junto con el *rule of law* y *due process* en los países en transición de la Europa del Este. Casi en forma imperceptible, la comparación del derecho se convierte en el “quinto” método de interpretación luego de los cuatro métodos clásicos enumerados por F.C. DE SAVIGNY en 1840<sup>5</sup>. Normas, teorías, sentencias judiciales, trascienden fronteras, son recreados en el transcurso del proceso receptivo, recordando la teoría de la metamorfosis de GOETHE. Incluso aquellos *proyectos* constitucionales que no prosperan y que parecen condenados al fracaso, estando manifestándose en la historia como “cristalizaciones culturales” particulares. En Alemania, el proyecto constitucional elaborado por el foro de la “Mesa Redonda” en Berlín Oriental (1990) y los aproximadamente 40 proyectos constitucionales presentados en los 5 nuevos *Länder*, surgidos casi de la noche a la mañana, son parte de nuestra historia constitucional. Recogen las esperanzas surgidas luego de la “caída del muro” y en algunos puntos siguen constituyendo una propuesta válida para la futura evolución constitucional en todo el país; por ejemplo en las normas relativas a la protección de minorías<sup>6</sup>. La lucha que libró Polonia hasta 1997 por el texto definitivo de su Constitución, —esa misma

4. Al respecto HÄBERLE, P. *Nationales Europaverfassungsrecht*, en: *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 445 y ss.

5. Un análisis más pormenorizado de este postulado ofrece: HÄBERLE, P., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 27 y ss. y otros.

6. Documentado y comentado por el autor: *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 27 y ss.

Polonia que en 1989 hizo que tomáramos conciencia de la “Mesa Redonda” como gen cultural de la humanidad y que rediseñara el concepto de la *constitución como contrato* —, es reveladora de cómo se reconstituye un nuevo Estado constitucional a partir de la Europa comunitaria, sin olvidar la herencia nacional. La recepción de los derechos fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos en Europa del Este, es un ejemplo particularmente contundente y debería recordarnos a B. SPINOZA (1670) cuando decía: “El fin del Estado es, en verdad, la libertad”. Al mismo tiempo existe algo así como una razón constituyente del Estado” según lo expresara V. HAVEL.

3). El segundo intento de aproximación al concepto de “Constitución”, y de las experiencias que hacemos con ella a lo largo de nuestra vida es, desde una perspectiva alemana, o más exactamente la mía, resumible en el concepto de “*constitución comparada*”. Constitución es “invitación y barrera” (R. SMEND), “norma y tarea” (U. SCHEUNER), marco ordenador de procesos públicos y procedimientos convencionales asimilables, y, por fin, cultura. No es mero “estatuto de organización” o “instrumento de gobierno”, sino una estructura valorativa con una enorme riqueza tipológica en cuerpos de textos y derecho subconstitucional. Tampoco olvidemos que sólo existe tanto Estado como la Constitución establece. Ante todo, no es el fruto de la “decisión” de un constituyente adoptada *ex nihilo* (C. SCHMITT). Para refutar esta tesis de un “positivismo sociológico” extrañamente histórico y olvidado del Derecho Comparado, basta echar un vistazo a los antecedentes de la realización particularmente feliz de la Constitución española de 1978, fruto de un proceso pluralista que permitió incorporar al documento los valores de las diversas fuerzas constituyentes y participantes. En lugar de la *creatio ex nihilo*, vemos en la Constitución española un *creatio ex cultura*. La Constitución deja de ser un instrumento jurídico y se convierte en expresión de un estado de desarrollo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Por su forma y contenido, la Constitución *viva*, obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad *abierta*, es fundamentalmente expresión y transmisión de cultura, marco de producción y reproducción cultural, recepción y memoria de “informaciones” culturales, de tradiciones, experiencias, vivencias, sabidurías.

Este *concepto de constitución originado en las Ciencias de la Cultura* se ve reafirmado fundamentalmente en los preámbulos, aunque no sólo allí, sino también en el Derecho Constitucional cultural, las “cláusulas pétreas”, la protección nacional e internacional del patrimonio cultural, extensivo incluso a un “principio de extraterritorialidad para el arte y la cultura”, en los himnos, enseñas y feriados patrios como “fuentes de consenso irracionales” de un Estado constitucional que interpreta al ser humano, no sólo como

un *zoon politikon* racional sino también emocional. Su capacidad como prenda de unidad la suministró recientemente "*Nabucco*" (coro de los esclavos) de Verdi en Italia, donde en agosto de 1996 U. BOSSI fue abucheado en la Arena de Verona, al pretender reclamar esa obra como himno para la Liga del Norte.

Merecen una frase aparte los *Preámbulos*. Desde una perspectiva cultural, son el "prólogo" a la obertura, u obras asimilables a preludios. En un lenguaje más común podríamos decir que buscan despertar el "interés" del ser humano por la Constitución, lograr su simpatía, desean elaborar historia y proyectar futuro, y, con frecuencia, son un "condensado" de la Constitución. Prueba de ello son las docenas de preámbulos constitucionales en Europa del Este. Más recientemente, en 1996, fue Ucrania el país que nos ofreció un nuevo ejemplo, recogiendo en su preámbulo conceptos como "*basis of the centuries-old history*", "*consideration toward securing human rights and freedoms, to develop a democratic, social, law based state*", "*recognizing our responsibility before God, our own conscience, past, present, and future generations*".

## II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO *RES PÚBLICA SEMPER REFORMANDA*: TEMAS ESCOGIDOS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Al margen de la forma oral o escrita que pueda adoptar su Carta Magna, el Estado constitucional no se detiene nunca en su evolución. Se desarrolla "andando el tiempo", y pese a toda la "rigidez" que nos plantea la magnífica obra del italiano A. PACE<sup>7</sup>, pese también a la seguridad jurídica como elemento irrenunciable de la tríada de RADBRUCH conformada por justicia, seguridad jurídica y finalismo, y finalmente pese a toda la estática y estabilidad que exige la necesaria previsibilidad del Estado de Derecho. "*Reforma constitucional*" interpretada como tal es el término *genérico* para todos los desarrollos producidos sobre el eje del tiempo, que el Estado constitucional ha volcado en conceptos y procedimientos, y que van desde las modificaciones constitucionales formales, hasta el voto particular de los magistrados que integran las cortes constitucionales. "Tiempo" y "cultura constitucional" se transforman en voces normales del índice temático. Allí donde un Estado constitucional niega las necesarias reformas, donde equivoca el camino o ignora la necesidad de la reforma, se producen tensiones,

---

7. PACE, A., *La causa delle rigidità costituzionale*, 1995, 2.<sup>a</sup> ed. 1996.

que pueden llevar hasta un abierto quiebre constitucional o incluso hasta la revolución y que en todos los casos podrán ser negativos para la comunidad política. Existe así en el fondo una "hora", difícilmente definible, para la reforma constitucional, percibida por muchas constituciones cantonales suizas a lo largo de la última década, y más recientemente plasmada en la estupenda Constitución cantonal de Berna (1993) o de Appenzell a. Rh. (1995). En el plano de la *Confederación*, en cambio, se desperdió la "hora" de una revisión total que se presentó en 1977, una omisión que en todo caso podrá subsanarse incluyendo una reforma constitucional *ex post*<sup>8</sup>. En Polonia hubiera sido conveniente que la nueva Constitución quedara consagrada en 1989/90, en momentos en que se producía la transformación en Europa. En Alemania, en las semanas previas a marzo de 1990, se planteó la necesidad de optar entre la adhesión, invocando al artículo 23 de la Ley Fundamental (W. BRANDT habló de "camino errado", H. KOHL de "camino ideal"), o elaborar una nueva Constitución para la Alemania unificada que tomara como marco de referencia la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (compárese el art. 146 a. F. GG), ejerciendo el pueblo su soberanía a través de una consulta popular en línea con el orgulloso lema "El pueblo somos nosotros" (la frase corresponde a la "Muerte de Dantón" de G. BÜCHNER). La historia constitucional eligió el camino de la vigencia inmediata de la Ley Fundamental en Alemania oriental, una decisión muy polémica, política y teóricamente. Se optó por la vía prevista para la reunificación en el art. 23 de la Ley Fundamental en su versión anterior, lo que no redujo, por cierto, los problemas de la reunificación "interna", sobre todo si se considera el evidente fracaso de la Comisión Constitucional Conjunta<sup>9</sup>.

Finalmente resulta conveniente agregar algo respecto de los grandes temas susceptibles de reformas, y que a mi entender son característicos del actual nivel de desarrollo alcanzado por el paradigma Estado constitucional, mucho más allá de países como Alemania o Italia, en particular. En momentos en los que el Estado constitucional festeja una victoria casi universal sobre su antípoda, el Marxismo-Leninismo, lograda a partir de 1989, observamos como en muchos países se ignora la necesidad de una reforma, pese a que existen suficientes situaciones de desafío y respuesta (*challenge*

---

8. Al respecto HANGARTNER, Y./EHRENZELLER, B. (edit.), *Reform der Bundesverfassung*, 1995.

9. Al respecto véase mi conferencia presentada en Turín: *Die Kontroverse um die Reform des deutschen Grundgesetzes* (1992), ahora en: *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 237 y ss. y JÖR 39 (1990), pp. 319 y ss., 40 (1991/92), pp. 291, 41 (1993), pp. 69 (traducción al italiano en: *Quaderni Costituzionali* 2/1993, pp. 279 y ss.).

*and response*). Observamos una tendencia a preservar derechos adquiridos, sobre todo económicos, que desmienten parcialmente la “sociedad abierta” propuesta por POPPER. Una enumeración, lamentablemente larga por cierto, de las falencias del Estado constitucional común en Europa, en absoluto pretende poner en tela de juicio al Estado constitucional, sino mostrar que también existen “puntos en común” en los aspectos negativos y la posibilidad de enfrentar las necesarias reformas a partir de un intercambio de experiencias. Incluso en los EE.UU. se manifiestan fenómenos de crisis, que se buscan combatir con la noción del “comunitarismo”. Es suficiente con enunciar algunos breves conceptos para caracterizar la presente situación:

1) En muchos países europeos, la *partidocracia* se superpone al proceso democrático y llega a adquirir visos de corrupción (que con tanto coraje enfrentara la justicia francesa, belga e italiana). Prueba de ello son las desnaturalizaciones que sufre el sistema de financiamiento de los partidos<sup>10</sup>, y que han convertido al Estado en un *botm* (Staat als Beute, H.H. von Arnim). En Alemania, este fenómeno se traduce en el asalto de los partidos políticos a los cargos de magistrados del Tribunal Constitucional y los Tribunales Federales, así como de la Corte Europea (pese al art. 33, inc. 22 de la Ley Fundamental que habla de “aptitud” e “idoneidad profesional”). Nuevamente, el tema nos remite a la sempiterna pregunta: “¿Quién es el pueblo?”.

2). Otro tema de permanente actualidad es el pluralismo de los *medios de comunicación*, su misión de “informar” y de transmitir “cultura”. El “alejamiento del Estado” de la televisión y radio públicas, así como la participación de todos los sectores y agrupaciones políticas importantes en el sentido del modelo pluralista, como lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional alemán en 8 fallos sucesivos (compárese E 12, 205, últimamente E 90, 60), acompañando diferentes reformas constitucionales (por ejemplo, el art. 19 de Brandemburgo de 1992: “un máximo de pluralismo”), puede reclamar el carácter de modelo. No obstante, difícilmente podrá contrarrestarse el proceso de “comercialización” que sufre la televisión y la radio pública en su competencia con las emisoras privadas. Es, en el fondo, un problema de “democracia cultural”.

3) Otro tema de permanente actualidad, además de reducir el tremendo endeudamiento público, es subsanar la *falta de una adecuada protección*

---

10. Al respecto P.M. HUBER y otros (edit.), *Zur Lage der parlamentarischen Demokratie*, 1998; P. RIDOLA, “Parteiendemokratie und Parteienrecht in Italien”, *JöR* 41 (1993), pp. 409 y ss.; LUTHER, J., *Die italienische Verfassung im letzten Jahrzehnt*, *JöR* 43 (1995), pp. 475 y ss.

*ambiental* a través de un contrato social proyectado como "contrato generacional" en el tiempo, que puede ser acometido por vía de la "interpretación pedagógica de la Constitución" plasmada en "metas educativas" (compárese el art. 28, numeral 5 de la Constitución del Land Bremen)<sup>11</sup> o jurídicamente, en forma de Derecho ambiental, como el que recogen muchas de las constituciones regionales, tanto en la parte occidental como oriental de Alemania (por ejemplo el art. 69 de la Constitución de Renania del Norte Westfalia, art. 2,12 de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania, 1993).

4) En cuarto lugar, cabe advertir acerca del *economicismo* y materialismo de nuestro tiempo, como otro tema que plantea una urgente necesidad de reforma. Ningún Estado constitucional puede edificarse exclusivamente sobre bases económicas. El artículo 1 de la Constitución italiana ha sido particularmente feliz en su acertada formulación de la "República fundada sobre el trabajo" (véase también el Preámbulo de la Constitución peruana de 1979 que evoca al trabajo como "derecho y obligación de todos los hombres" y "fundamento del bienestar nacional"). El concepto del "Trabajo" es entendido a partir de su doble función, es decir, desde la perspectiva *personal* que entronca en la dignidad humana, y que convierte el creciente desempleo en el escándalo de los Estados constitucionales europeos, así como desde su lado *social*, destacado en la Encíclica *Laborem Exercens* (1981). En tal sentido, me permito advertir que la propuesta recientemente manifestada en torno al grupo Fiat de Turín, de que las repúblicas deberían constituirse en "mercados", es una señal de advertencia, por más respeto que pueda mercer el mercado como "mecanismo descubridor" (F.A. VON HAYEK) y su eficiencia específica y capacidad innovadora basada en la competencia<sup>12</sup>. La economía no es la medida del hombre, el *mercado* no es la medida de todas las cosas y no sólo existe la "razón del mercado". Por eso mismo es que el Estado Social pone límites a todos los programas de privatización<sup>13</sup>. Los Estados constitucionales dimanen en primera y última instancia de la *cultura*, que, sobre todo en tiempos de "globalización de los merca-

11. Al respecto HÄBERLE, P., *Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele*, FS H. Huber, 1981, pp. 211 y ss.; del mismo autor, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 321 y ss. del mismo autor, *Erwartungen an die Pädagogik*, en: A. GRUSCHKA (edit.), *Wozu Pädagogik?*, 1996, pp. 142 y ss. Respecto del Land Bremen véase mi conferencia: *Die Zukunft der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen*, JZ 1998, pp. 57 y ss.

12. Entre la bibliografía: HÄBERLE, P., *Soziale Marktwirtschaft als "Dritter Weg"*, ZRP 1993, pp. 383 y ss., en italiano en: M. LUCIANI, a cura di, *La democrazia alla fine del secolo*, 1994, pp. 135 y ss. De la bibliografía italiana: BOGNETTI, G., *La Costituzione economica italiana*, 1993; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, 1996.

13. Respecto de este problema véase el voto del autor en *VVDStRL 54* (1995), pp. 338 y ss.

dos”, es el único elemento capaz de proporcionar un marco identificador, irrenunciable para el ciudadano y la individualidad de su comunidad. Es razón de más para promover una división vertical de los poderes (“regionalismo cultural o “federalismo cultural<sup>14</sup>”) como fruto de un regionalismo efectivo y un federalismo real. En vista del avance de la globalización, es importante preservar y defender las formas identificadoras de la cultura ante el embate de corrientes “fundamentalistas”.

5) Otros temas presentes en la agenda de reforma de muchos Estados constitucionales, son la superación del *desempleo* y el control de los *problemas migratorios*, además de la lucha contra un *crimen organizado* cada vez más difundido<sup>15</sup>.

Sin duda habrá otros temas que no admiten un tratamiento por la vía de la reforma constitucional, al menos no como instrumento primario. Se trata de apelar más al sentido comunitario y a la solidaridad entre los mismos ciudadanos. En este sentido, los fines educativos perseguidos en las escuelas, los cánones literarios, por ejemplo, apenas pueden hacer un trabajo preparatorio. La “ética del Estado constitucional” aún no ha encontrado a un LORENZETTI de Siena que pueda pintar “*Los efectos del buen gobierno*”<sup>16</sup>.

### III. PROCESOS Y PARTES, LA ESCALA DE LAS FORMAS INSTITUCIONALES Y DE LOS FOROS INFORMALES EN FUNCIÓN DE CAMBIO Y DESARROLLO, ACREDITACIÓN Y PRESERVACIÓN; “TIEMPO Y CULTURA CONSTITUCIONAL”. LOS “PROCESOS DE CRECIMIENTO” CONSTITUCIONALES

Uno de los grandes aciertos en la historia evolutiva del Estado constitucional, fue el haber descubierto los diferentes instrumentos que permiten elaborar el “factor tiempo”. Lo que quiera que sea el “tiempo” – todos

14. De la literatura italiana: D’ATENA, A., a cura di, *Federalismo e Regionalismo in Europa*, 1994; *Quale Federalismo?*, a cura di M. Sabella e Nadia Urbinati, 1994; asimismo HÄBERLE, P., pp. 107 y ss.; entre la literatura alemana sobre regionalismo: F. OSSENBÜHL (edit.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990; HÄBERLE, P., *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 209 y ss.; F. Esterbauer (edit.), *Regionalismus*, 1978; entre la literatura suiza: L.R. BASTA / FLEINER, T. (edit.), *Federalismen and multiethnic States. The case of Switzerland*, 1996; en general; S. BARTOLE y otros, *La volonta degli Stati membri e delle Regioni nelle Vicende del Federalismo*, 1996.

15. Compárese a WEBER, A., *Klarheit und Bürgernähe, Was ein Einwanderungsgesetz leisten könnte*, FAZ del 26 de agosto de 1996, pp. 8 s.; WEIDENFELD, W., *Einwanderungspolitik braucht Sachkunde und Spürgefühl*, FAZ del 7 de agosto de 1998, pp. 8.

16. Compárese mi contribución *Ethik im Verfassungsaal*, FS Knöpfle, 1996, pp. 119 y ss.

conocemos la cita de San Agustín, pero también el lamento de la “mariscal” en *El Caballero de la Rosa* de H. VON HOFMANNSTHAL, cuando se refiere al tiempo como “cosa singular”. El Estado constitucional vive sobre y a partir del “eje” del tiempo, instala “ventanas temporales”, para satisfacer la dialéctica de la estática y la dinámica, el cambio y la preservación, como formas de reafirmar su vigencia.

Valga recordar la siguiente *tipología* o *escala* para el grandioso tema de “tiempo y cultura constitucional”<sup>17</sup>:

1) La *revisión total* del instrumento constitucional es la forma más vigorosa de elaborar el cambio. A nivel cantonal, Suiza ha desarrollado formas y procedimientos ya clásicos para esta forma de “constitucionalidad evolutiva” que es la más intensa de todas. Un conjunto de normas establece pautas sobre la puesta en marcha del proceso, las partes (en particular el pueblo) y diferentes procedimientos a seguir<sup>18</sup>.

2) En un peldaño inmediatamente inferior por orden de intensidad, encontramos la *reforma constitucional*, o “revisión parcial”. Pese a todas las diferencias que pudieran existir entre los países, aparecen contornos de ciertos requisitos, formas, procedimientos y partes como denominador común de estructuras básicas<sup>19</sup>. En un Estado federal existen variantes irrenunciables<sup>20</sup>. Pero recordemos también los tan mentados *límites* que adoptan la forma de cláusulas constitucionales pétreas como garantía de identidad del Estado constitucional<sup>21</sup>. Existe la “reforma constitucional” como enmienda

17. Tal el título de mi estudio de 1983, publicada ahora también en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 627 y ss.; véase primero HÄBERLE, P., *Zeit und Verfassung* (1974), también en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß* (1978), 2. edic., 1996 (3.ª ed. 1998), pp. 59 y ss.

18. Al respecto de la literatura: mi informe: *Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz* JöR (1985), pp. 303 y ss. El mismo, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse*, AöR 112 (1987), pp. 54 y ss.; STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. I (2 edic. 1984) § 5, pp. 143 y ss.; H-SCHNEIDER, P., *Die verfassungsgebende Gewalt*, HdBStR T. VII (1992), pp. 3 y ss.

19. De la literatura; ROSSNAGEL, A., *Die Änderung des Grundgesetzes*, 1981; BUSHART, C., *Verfassungsänderung in Bund und Ländern*, 1989; B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 111 y ss.; BADURA, P., *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, HdBStR T. VII, 1992, pp. 57 y ss.

20. Al respecto STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. I, 2.ª edic., 1984, pp. 666 (... 747 y ss.).

21. Al respecto H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953; posteriormente HÄBERLE, P., *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien* (1985), también en: el mismo, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Op. cit., pp. 597 y ss.; KIRCHHOF, P. *Die Identität der Verfassung*, en HdBStR, 2 edic. 1995, T. I, pp. 775 y ss.

del *texto* constitucional, pero también está la “mutación constitucional”, como cambio sin modificación del texto escrito. G. JELLINEK fue uno de los primeros en describir este procedimiento, que es un recurso imprescindible para el perfeccionamiento de la Constitución.

3) Un escalón más abajo nos encontramos con las *leyes complementarias*. En la década de los setenta se desarrollaron en Alemania leyes, sobre todo en el área universitaria y en la formación de juristas, que incluyen cláusulas surgidas de las costumbre sociales<sup>22</sup> que admiten “reformular las reformas”.

4) Las *cláusulas generales* en las leyes parlamentarias formales constituyen una irrenunciable “ventana de tiempo” para los cambios paradigmáticos. Pensemos sobre todo en las cláusulas generales del Código Civil alemán BGB (“leal saber y entender”, “ley moral”, etc.) que hacen aparecer al “juez como legislador” (A. MEYER-HAYOZ) y que abren considerables posibilidades de perfeccionar el Derecho por vía del Tercer Poder, como se aprecia claramente en la retrospectiva histórica.

5) Finalmente, valga mencionar como método “más refinado”, el voto particular de los jueces del Tribunal Constitucional previsto en la jurisdicción constitucional alemana, entre otras, y en el caso de la Corte Constitucional de Roma que aún se está analizando<sup>23</sup>. La historia del artículo 30 de la ley que dio origen al Tribunal Constitucional alemán, presenta toda una serie de éxitos. Registra casos importantes de votos particulares que quedaron inscritos para siempre en las páginas de la historia constitucional y que más tarde fueron asumidos por la mayoría del Tribunal Constitucional. Un fallo, hoy clásico, fue el juicio sobre seguridad social RUPP *vs.* VON BRÜNCECK (sentencia en relación a derechos sociales como derechos de propiedad en el sentido del art. 14 de la Ley Fundamental; compárese E 32, 129).

Todos los procedimientos exigen una definición concreta de las partes. Estas partes van desde el pueblo formalizado como “poder constituyente”, manifestado sólo en la Ley Fundamental de 1949 y trunco (lamentablemente) en 1990, y las reformas constitucionales introducidas vía Bundestag (art. 79 GG) y las comisiones parlamentarias en el caso de las leyes ordinarias, hasta el juez en la interpretación de cláusulas generales.

22. Al respecto HÄBERLE, P., *Zeit und Verfassung* (1974), también en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978 (3a. edic. 1998), pp. 59 y ss.

23. Respecto de la jurisdicción constitucional en Italia, LUTHER, J., *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1990; DIETRICH, M., *Der italienische Verfassungsgerichtshof*, 1995.

Según de qué problemática se trate, interviene la jurisprudencia, como por ejemplo, en la definición del art. 79, inc. 3 de la Ley Fundamental (compárese la sentencia del Tribunal Constitucional 30, 1 sentencias sobre escuchas, más recientemente la sentencia relacionada al art. 16 a Ley Fundamental: sentencia 94). Informalmente, interviene asimismo la comunidad académica, transformando la “doctrina constitucional en literatura” y actuando ya sea como crítico *ex post* o perito *ex ante*. Finalmente está involucrada la “sociedad abierta de intérpretes constitucionalistas”<sup>24</sup>.

Merece destacarse también el trabajo de las *Comisiones Reformadoras*, constituidas en nutrido número en Italia<sup>25</sup> y que Alemania instituyó también en diferentes oportunidades, tanto en el ámbito federal, como en el nivel de los *Länder*: Valga citar la Comisión técnica que entendió en el tema específico del reordenamiento territorial, según lo establece el art. 29 de la Ley Fundamental (no trascendieron las comisiones de 1972 (“Ernstkommission”) y 1955 (“Luther-Kommission” de 1955<sup>26</sup>), la Comisión de expertos constituida en el tema de los objetivos de Estado en 1983 (“Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge”), y con anterioridad y de un carácter más general en la década de los setenta, la Comisión de Encuesta del *Deutscher Bundestag*<sup>27</sup>. Durante los últimos meses de la RDA, constituyó un gremio de este tipo la “Mesa Redonda” de Alemania Oriental y finalmente en la Alemania unificada la llamada “Comisión Constitucional Común”<sup>28</sup>, expresión de “matemática avanzada” del federalismo alemán (2 x 16 representantes de los *Länder* en el *Bundesrat* y miembros del *Bundestag*). Da testimonio de la cultura constitucional específica de Suiza, el hecho de que allí exista una gran tradición de proyectos constitucionales *privados*, por ejemplo de los eruditos M. IMBODEN (1959) y A. KÖLZ/J.P. MÜLLER (1984, 3.ª ed. 1995), respectivamente. En Alemania, en la jurisdicción de los *Länder*

24. En el sentido de mi propuesta teórica de 1975: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, JZ 1975, pp. 297 y ss., también en *Verfassung als öffentlicher Prozeß* (1978), 3.ª edic. 1998, pp. 155 y ss.

25. Al respecto LUTHER, J., *Die italienische Verfassung im letzten Jahrzehnt*, JöR 43 (1995), pp. 475 y ss.; en general HÄBERLE, P., *Das GG vor den Herausforderungen der Zukunft*, FS Dürig (1990), ahora en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3.ª ed. 1998, pp. 746 y ss.

26. Al respecto STERN, K., *Op. cit.*; HÄBERLE, P., *Aktuelle Probleme des Deutschen Föderalismus* (1991), ahora en, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 83 y ss.

27. Compárese los informes *Fragen der Verfassungsreform*, Zur Sache 1/73, 1973; de la literatura: WAHL, R., *Empfehlungen zur Verfassungsreform*, AöR 103 (1978), pp. 477 y ss.

28. KLOEPFER, M., *Verfassungsänderungen statt Verfassungsreform*, 1995; BERLIT, U., *Die Reform des Grundgesetzes nach der staatlichen Einigung Deutschlands*, JöR 44 (1996, pp. 17 y ss.

se formaron Comisiones Reformadoras en los Estados-ciudad de Berlín, Bremen y Hamburgo (1989) y más recientemente en el *Land* Renania Palatinado<sup>29</sup>.

## PERSPECTIVA Y FINAL

Todas estas diferentes formas de impulsar una reforma constitucional persiguen como objetivo común la *aproximación* a la justicia y a la verdad<sup>30</sup>, algo que seguirá siendo un objetivo “eterno”, siempre inalcanzable, como lo es toda obra humana y el Derecho, la libertad y la paz, como valores culturales estarán en permanente riesgo. No obstante, podemos postular la idea de la reforma constitucional como verdad *parcial*<sup>31</sup> que nos permite trabajar en la forma propuesta por Popper, sin una noción exaltada de progreso, pero con la paciencia necesaria para la permanente búsqueda de la justicia, codo a codo con otras disciplinas científicas, a sabiendas de que la normatividad de la Constitución sólo puede ser indagada en su dimensión cultural más profunda, en cooperación con otras disciplinas científicas, no normativas.

---

29. Al respecto, GUSY, C. / MÜLLER, A., *Verfassungsreform in Rheinland-Pfalz*, DÖV 1995, pp. 257 y ss. y GUSY, C. / MÜLLER, A., *Die verfassungsrechtliche Entwicklung in Rheinland-Pfalz von 1986 bis 1998*, JöR 45 (1997) (en progreso); MÜLLER, A., *Verfassungsreform in Rheinland-Pfalz*, DÖV ver pp. 257 y ss.; respecto de Hamburgo: P. UNRUH, *Zum Stand der Verfassungsreform in Hamburg*, DÖV 1995, pp. 205 y ss.

30. Al respecto véase mi estudio: *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995.

31. Tal vez algún día pueda escribirse para el Verfassungsstaat de R. VON JHERINGS “Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung” (1852) una obra congenial.

## LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y UNIVERSAL DE LOS BIENES CULTURALES: UN ANÁLISIS COMPARATIVO\*

### INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La protección de los bienes culturales ha hecho “carrera” como tema de la política y las ciencias, especialmente en los últimos años. Se trata acerca de las etapas históricas de la “intensificación de la protección de los bienes culturales” después de la Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup> y de los “niveles del Derecho de la Guerra en materia de bienes culturales”<sup>2</sup>, del mismo modo que recientemente ha pasado al primer plano la dimensión jurídico-europea del asunto junto con la jurídico-internacional<sup>3</sup>. Numerosas contribuciones

---

\* Publicado en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, N.º 54, 1998. Traducción del alemán de Carlos Ruiz Miguel.

1. Vid. FIEDLER, W., “Zur Entwicklung des Völkergewohnheitsrechtes im Bereich des internationalen Kulturgüterschutzes”, FS für K. Doehring, 1989, pp. 199 y ss.
2. Vid. TURNER, S., “Die Zuordnung beweglicher Kulturgüter im Völkerrecht”, en FIEDLER, W. (ed.): *Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage*, 1991, pp. 19 (48 y ss.).
3. Sobre esto, FECHNER, F., “Die Vorhaben der EG zum Kulturgüterschutz”, *DÖV* 1992, pp. 609 y ss.; SIEHR, K., “Handel mit Kulturgütern in der EWG”, *NJW* 1993, pp. 2206 y ss.; SCHWARZE, J., “Der Schutz nationalen Kulturgutes im europäischen Binnenmarkt”, *JZ* 1994, pp. 111 y ss.; véase también la crónica de las jornadas “Kunstwerke im Binnenmarkt” de FECHNER, F., *JZ* 1994, 132 s.

doctrinales (por ejemplo, aportaciones a libros-homenaje<sup>4</sup> y simposios<sup>5</sup>) y muchas disciplinas jurídicas (por ejemplo, el Derecho internacional privado<sup>6</sup>, el Derecho privado, el Derecho administrativo y el Derecho internacional público<sup>7</sup>) han asumido el tema. Ahora bien, pudiera extrañar que hasta ahora no se haya encontrado un análisis comparativo en el tiempo y en el espacio de los textos de las más recientes Constituciones<sup>8</sup>. Esto resulta sorprendente, pues cuando un problema es crecientemente "importante" para las naciones, sus políticos y sus científicos, tarde o temprano se condensa también en los textos constitucionales. En este sentido, el método del análisis comparativo de textos constitucionales, que he emprendido hasta ahora (con respecto, p. ej., a los Preámbulos, los derechos fundamentales en particular, los fines del Estado, las cláusulas de intangibilidad y las garantías de los días festivos<sup>9</sup>) promete ya *prima facie* un rico beneficio cuando tratamos el tema de la protección de bienes culturales. En el terreno internacional el tema ha sido desarrollado específicamente en los textos jurídicos: en primer lugar, se pone de manifiesto en el convenio de La Haya sobre la guerra terrestre (1907) y continúa presente de modo más sólido y extenso en el convenio de La Haya de 1954, para llegar a los convenios de la UNESCO de 1970 y 1972<sup>10</sup>. Este proceso escalonado que encontramos en el Derecho

- 
4. Vid. RUDOLF, W., "Über den internationalen Schutz von Kulturgütern", en *FS für K. Doehring*, 1989, pp. 853 y ss.; I. SEIDL-HOHENVELDERN, "Ausfuhr und Rückführung von Kunstwerken", en *FS für D. Schindler*, 1989, 137 y ss. R. MUSSGNUG, "Überlegungen <ur Umsetzung der neuen EG-Vorschriften...>", en *FS für Bernhardt*, 1995, pp. 1225 y ss.; H. SCHIEDERMAIER, "Kunst im Völkerrecht", en *FS für Benda*, 1994, pp. 235 y ss.
  5. Vid. en relación con el Simposio de Heidelberg "Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes" (1990): METZGER, P., *NJW* 1991, pp. 69 s.; JAYME, E., en *IPRax* 1986 1990, pp. 347 s.; véase también el volumen de las jornadas editado por DOLZER, R./JAYME, E./R. Mussgnug, 1994.
  6. Sobre esto, REICHEL, G., "Kulturgüterschutz und Internationales Privatrecht", *IPRax* 1986, pp. 73 y ss.; ID.: "Kulturgüterschutz und Internationales Verfahrensrecht", *IPRax* 1989, pp. 254 s.
  7. Vid. HUGGER, H., "Rückführung nationaler Kulturgüter und internationales Recht am Beispiel der Elgin Marbles", *JUS* 1992, pp. 997 y ss.; DOLZER, R. y otros (ed.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, 1994 (nota 5).
  8. Una impresionante comparación jurídica de los distintos "tipos de regulación" en los diferentes planos legislativos lo ofrece SIEHR, K., "Nationaler und Internationaler Kulturgüterschutz", *FS für W. Lorenz*, 1991, pp. 525 (527 y ss.), donde se ofrecen ejemplos de la diferente intensidad de los "nacionalismos culturales". También se relaciona con las leyes el análisis jurídico comparado de ENGSTLER, L., *Die territoriale Bindung von Kulturgütern im Rahmen des Völkerrechts*, 1964, pp. 26 y ss., 59 y ss.
  9. HÄBERLE, P.: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 3 y ss., 176 y ss., 597 y ss.; ID.: *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987.
  10. Indicaciones al respecto en FIEDLER, W., *FS für Doehring*, cit., pp. 199 y ss.

internacional, sugiere la búsqueda de “paralelismos” o “afinidades” en el Derecho constitucional nacional: ¿cuándo y cómo la protección de los bienes culturales se convierte en un “tema constitucional”?; ¿existe un diálogo, un “metabolismo gradual”, entre el proceso internacional de asunción de los temas y textos referidos a la protección de los bienes culturales y el proceso jurídico-constitucional nacional del mismo modo que los derechos humanos y fundamentales primero fueron “pensados” y desarrollados en el plano nacional (1776, 1789, 1849) antes de que comenzaran a crecer en el nivel internacional/universal?; ¿cómo se ensambla la idea de un “internacionalismo cultural” (J. H. MERRYMAN<sup>11</sup>) con el “nacionalismo cultural”?; y, ¿cuáles son las consecuencias teórico-constitucionales que se desprenden de la consonancia temática en materia cultural entre los planos universal y nacional-constitucional? Cuando la conferencia de La Haya de 1954 se refiere a la concepción de que cada Estado es fiduciario respecto de toda la humanidad con relación al patrimonio cultural radicado en su territorio soberano<sup>12</sup>, el Estado constitucional, la humanidad y la cultura alcanzan una “nueva proximidad” que debe ser ante todo enfocada teóricamente. En todo caso, cabe presumir que ya las nuevas Constituciones ofrecen respuestas nacionales a la creciente protección internacional de los bienes culturales.

## 1. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES A LA LUZ DE LOS NUEVOS TEXTOS CONSTITUCIONALES. ELEMENTOS PARA UN INVENTARIO

Dado que el material existente es inabarcable, a continuación sólo examinaremos alguna selección de textos y algunos grupos de ejemplos. Ahora bien, tenemos que reunir un suficiente número de textos a fin de poder extraer determinadas consecuencias teóricas. Las magnitudes objeto de comparación se contienen en los textos pioneros de los convenios de 1954 y 1972<sup>13</sup>. En el Preámbulo del convenio para la protección de bienes culturales en los conflictos armados (1954) se dice:

---

11. Sobre ello, RUDOLF, W., *Op. cit.*, pp. 853 (861).

12. *Vid.* RUDOLF, W., *Op. cit.*, pp. 861.

13. *Bundesgesetzblatt* parte II 1967, pp. 1233 y ss.; 1977, pp. 215. De entre la literatura puede consultarse: FITSCHEN, T., “*Erläuterungen zum Übereinkommen zum Schutz des Kultur – und Naturerbes der Welt vom 23. Nov. 1972*”, en FIEDLER, W. (ed.), *Internationaler Kulturgüter-schutz und deutsche Frage*, 1991, pp. 183 y ss.

“Convencidos de que el daño a un bien cultural, sea cual sea el pueblo al que pertenezca, supone un daño al patrimonio cultural de toda la humanidad; pues cada pueblo presta su contribución a la cultura mundial; considerando que el mantenimiento del patrimonio cultural tiene un gran significado para todos los pueblos del mundo y que es esencial que dicho patrimonio se ponga bajo la protección internacional”.

El acuerdo de la UNESCO para la protección de la herencia cultural y natural del mundo (1972) pule el texto de su Preámbulo con las siguientes palabras:

“Advirtiendo que el patrimonio cultural y natural está siendo crecientemente amenazado de destrucción,...; considerando que la ruina o la decadencia de cada una de las partes que componen el patrimonio cultural o natural representa un lamentable menoscabo del patrimonio de todos los pueblos del mundo...; considerando que algunas partes del patrimonio cultural o natural tienen un extraordinario significado y, por ello, deben ser conservadas como parte del patrimonio mundial de toda la humanidad...; que, a la vista de la magnitud y gravedad de los nuevos peligros que lo amenazan, es tarea de la comunidad internacional como conjunto intervenir en la protección del patrimonio cultural y natural que tenga un valor universal extraordinario”.

### 1.1 Textos constitucionales en lengua alemana

En Alemania la Constitución imperial de Weimar (art. 150.2 WRV)<sup>14</sup> primero y la Ley Fundamental (art. 74.5 GG), después, contemplaron una protección de los bienes culturales frente a su traslado al extranjero. Mientras la GG sólo ha establecido una competencia de legislación de la Federación, la WRV consideró de modo perentorio la protección de los bienes culturales como un fin del Estado (“Es tarea del Imperio...”).<sup>15</sup> Retrospectivamente, ambas normas se muestran escuálidas (Compárese ahora con la competencia marco de la Federación en el art. 75.1.6 GG).

14. En la doctrina puede verse el trabajo, hasta ahora inigualado, de HENSEL, A., “Art. 150 WRV und seine Auswirkung im preussischen Recht”, en *AöR* 53 (1928), pp. 321 y ss.

15. Es también digno de mención el art. 109.2 de la Constitución de Danzig de 1920/1922: “Es obligación del Estado impedir la salida al extranjero de los bienes artísticos” (citado según O. Ruthenberg [ed.], *Verfassungstexte des Deutschen Reichs und der deutschen Länder*, 1926). El art. 141.2 de la Constitución de Baviera (1946) distingue la tradicional protección del arte y de la naturaleza con las frases: “devolver a su primitiva finalidad, en la medida de lo posible, los monumentos artísticos e históricos profanados, impedir la salida al extranjero de los bienes artísticos alemanes”.

Desde otra perspectiva distinta, la de los fines educativos, los textos constitucionales de los nuevos Länder alemanes no prescriben directamente la protección de los bienes culturales nacionales (que es competencia de la Federación) sino, con más amplitud, la atención a otras culturas. Nos encontramos así p. ej. en el art. 28 de la Constitución de Brandemburgo de 1992 el fin de “promover la disposición para la paz y la solidaridad en la convivencia de las culturas y los pueblos y la responsabilidad respecto a la naturaleza y el ambiente”. De forma parecida se pronuncia el art. 22.1 de la Constitución de Turingia (1993). Cuando el art. 34.2 de la Constitución de Brandemburgo establece una cláusula de protección cultural (“los poderes públicos promoverán la vida cultural en su pluralidad y el acceso al patrimonio cultural. Las obras de arte y los monumentos culturales están bajo la protección del Land...”) la misma tiene una dimensión nacional y no puramente regional. Acerca de los ya citados fines educativos hay que tener presente el pensamiento supranacional. En pocas palabras: el canon estableciendo un fin educativo (entendido correcta y consecuentemente desde el punto de vista del tiempo biográfico, es decir, la formación de la juventud) nos pone en el camino de la protección internacional de los bienes culturales.

Un paso previo en esta línea puede descubrirse en el art. 61 de la Constitución de la Marca de Brandemburgo de 1947<sup>16</sup>:

“La escuela, en cuanto transmisora de la cultura, tiene la tarea de educar a la juventud para la democracia y la humanidad en el espíritu de una pacífica y amistosa convivencia entre los pueblos”<sup>17</sup>.

## 1.2 Otras Constituciones europeas

Ya en muy temprana fecha, Italia elaboró un texto constitucional en el que se halla un precepto que casi se aproxima a una cláusula de patrimonio cultural. El art. 9.2 de la Constitución italiana (1947)<sup>18</sup> dice:

---

16. Citado según B. DENNEWITZ (ed.), *Die Verfassungen der Modernen Staaten*, T. II, 1948.

17. Y, de forma similar, el art. 88.2 de la Constitución de Sajonia de 1947, así como el 88.2 de la Constitución de Sajonia-Anhalt de 1947 (citados conforme con la obra de O. Ruthenberg mencionada *supra*).

18. Entre la doctrina: LOMBARDI, G., “Die behördliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Handels mit Kunstwerken und sonstigen Kulturgütern”, en DOLZER, R./JAYME, E./R. Missngug (eds.): *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, 1994, pp. 191 y ss.; CARAVITA, B., “Art. 9”, en V. CRISAFULLI/L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 1990, pp. 9 y ss.

“(La República) protege el paisaje y el patrimonio histórico y cultural de la Nación”.

De forma más convencional afirma el art. 24.6 de la Constitución griega (1975):

“Los monumentos y los lugares y objetos históricos se encuentran bajo la protección del Estado”.

Como se puede ver, este texto aún no se ha inspirado del convenio internacional de protección de bienes culturales<sup>19</sup>.

### 1.3 Constituciones ibéricas e iberoamericanas<sup>20</sup>

A las Constituciones ibéricas e iberoamericanas hay que agradecer una impresionante “hornada de textos” en materia de protección constitucional de bienes culturales. Esto pudiera tener diversas explicaciones. En primer lugar, en la conciencia de los constituyentes nacionales podría haber madurado la idea de la protección internacional de bienes culturales, conociendo que, en última instancia, las protecciones nacional e internacional de los bienes culturales son dos caras de la misma moneda. Además, cabría suponer que los textos internacionales, una vez salidos a la luz, también han irradiado su influjo en la configuración de los textos nacionales, como se ve a cada paso en materia de derechos fundamentales. En segundo lugar, después de años de dictaduras, los Estados constitucionales de reciente

---

19. Tradicionalmente, también se cita a este respecto el art. 24.2 *sexies* de la Constitución federal suiza: La Federación, en cumplimiento de sus fines, debe conservar el paisaje patrio, los lugares históricos y los símbolos culturales y naturales, además de, allí cuando el interés general prevalezca, mantenerlos intactos” (acerca de Suiza: WYSS, M.P., *Kultur als Dimension der Völkerrechtsordnung*, 1992, pp. 241 y ss.). Lo mismo puede decirse del art. 64.1 de la Constitución de Turquía (1982): “El Estado asegura la protección de los tesoros y valores históricos, culturales y naturales”. Las recientes Constituciones cantonales suizas (textos en *JöR N.*° 34 (1985), pp. 424 y ss.) son fecundas en materia de protección de bienes culturales: véase el art. 36.2 de la Const. de Aargau de 1980 en virtud del cual el cantón “cuida del mantenimiento de los bienes culturales. Protege en especial los paisajes valiosos así como los lugares históricos y los monumentos”; el art. 102.2 de la Const. de Basilea de 1984 declara que el cantón y los municipios “protegen los paisajes valiosos así como los símbolos naturales y los bienes culturales”. Especialmente conseguido es el art. 107 de la Const. de Solothurn de 1985 según el cual los cantones y entidades locales “promueven el desarrollo individual y creativo y facilitan la participación en la vida cultural. Protegen y conservan los bienes culturales”.

20. Los textos de las Constituciones iberoamericanas se citan siguiendo la obra de Luis LÓPEZ GUERRA y Luis AGUIAR DE LUQUE (eds.): *Las Constituciones de Iberoamérica*, 1992.

creación como Portugal y España, podrían ser especialmente sensibles ante la importancia de fijar elementos de identidad nacional. Los bienes culturales nacionales constituyen una pieza del consenso nacional también en las sociedades abiertas. En algunos Estados iberoamericanos, sobre todo en países en desarrollo, el mantenimiento y el esfuerzo por lograr un consenso fundamental gracias a los bienes culturales, aparece como especialmente apremiante a la vista de los problemas económicos.

La Constitución de Portugal (1976/1989) abre nuevas vías en materia de protección de bienes culturales, tanto en lo sistemático-formal como en lo material. Ya en los "principios fundamentales" es calificada como "tarea esencial del Estado" (art. 9.e):

"...conservar y acrecentar los bienes culturales del pueblo portugués, proteger el ambiente y la naturaleza y conservar los recursos naturales..."

Llamativo es el alto rango otorgado a la protección de los bienes culturales (nacionales) y la alusión a la cultura y la naturaleza en el mismo contexto. La intensidad con la que el constituyente portugués se dedica a la construcción de un Derecho constitucional cultural o protección de los bienes culturales, se aprecia también en otros lugares de la Constitución. En la rúbrica dedicada a los "derechos y deberes culturales" también figura la protección de bienes culturales en tres contextos: en el art. 73.3 (colaboración con las asociaciones cuyo fin social sea la conservación de bienes culturales), en el art. 78.1 (deber de todos de cuidar los bienes culturales) y en el art. 78.2.d. (deber del Estado de promover y proteger la cultura para que se convierta en un renovado elemento de la identidad cultural de la comunidad). Esta *cláusula de identidad* literal ofrece una fórmula capital para el Derecho Constitucional de los bienes culturales y abre un nuevo nivel en la evolución de los textos. Igualmente creativa se muestra la pluralidad de textos en los que aparece la protección de bienes culturales: como deber fundamental, mandato constitucional, fin del Estado, aspecto del pluralismo cultural. Si se toma (en parte retrospectivamente, en parte prospectivamente) todo el abanico de las posibles regulaciones jurídico-constitucionales sobre bienes culturales (elemento del Preámbulo, fin educativo, derecho y deber fundamental, cláusula de patrimonio cultural, mandato constitucional, fin del Estado, o simple competencia), se aprecia pronto en qué gran medida se ha desarrollado formal y materialmente la protección de los bienes culturales en el nivel estatal y cuanto comienza a madurar como componente integrante del tipo Estado constitucional. No lejos de esta premisa se halla la proposición de que la protección nacional y universal de los bienes culturales representa una "tarea universal" que establece a la humanidad como comunidad de bienes culturales y a cada

Estado constitucional como “fiduciario”. El *status mundialis hominis* y la protección “universal” de los bienes culturales convergen<sup>21</sup>.

La Constitución Española (1978) presenta una fórmula propia en el sustancioso art. 46:

“Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

La Constitución, en otro plano, también considera este alto bien constitucional en la distribución de competencias cuando en su art. 149.1.28 menciona, entre las competencias exclusivas del Estado (respecto a las Comunidades Autónomas), la de:

“Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”.

Las nuevas Constituciones ibéricas e iberoamericanas construyen una impresionante protección (nacional) de los bienes culturales<sup>22</sup>. A ello pueden contribuir diversos factores: El modelo de las “madres patrias” Portugal y España, la creciente irradiación de los Convenios internacionales de 1954 y 1972, la sensibilización de la conciencia general por el “patrimonio común de la humanidad”, y también, sobre todo en algunos países en desarrollo, la necesidad de encontrar un asidero en la propia cultura frente a los poderes niveladores de la economía o a los afanes de igualación universal en una sola civilización.

A continuación vamos a exponer una pequeña selección de Constituciones especialmente sugestivas a través de la configuración de niveles textuales. Para ello, se dará preferencia a la representación histórico-evolutiva, puesto que el constituyente actual en la redacción de sus textos se encuentra en una estrecha relación con los procesos de producción y recep-

21. Acerca del *status mundialis hominis* véase mi trabajo “Das Konzept der Grundrechte”, en *Rechtstheorie* N.º 24 (1993), pp. 397 y ss. (408 y ss.).

22. Menos fecundos son: el art. 89 de la Const. de Costa Rica (1949) que menciona entre los “fines culturales de la República” entre otros, la “protección de las maravillas naturales, conservación y desarrollo (!) del patrimonio histórico y artístico de la Nación...”; el art. 19.10 de la Const. de Chile (1980) menciona como fin del Estado, “promover la investigación científica y técnica y la creación artística así como conservar el patrimonio cultural nacional”. Sustancioso resulta también el art. 10.19 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (1979).

ción mutuas. La Const. del Perú (1979), ya desde su Preámbulo<sup>23</sup>, se adhiere a la protección de los bienes culturales al decir:

“Animados por el propósito de mantener y consolidar la personalidad histórica de la Patria, síntesis de los valores egregios de múltiple origen que le han dado nacimiento; de defender su patrimonio cultural; y de asegurar el dominio y la preservación de sus recursos naturales”.

El art. 36 incorpora este principio (“los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la Nación, están bajo el amparo del Estado”) así como la cláusula sobre los recursos de los arts. 118 a 123 (“los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación”<sup>24</sup>).

En idéntico sentido camina la Const. de Guatemala de 1985. En su Preámbulo se habla del reconocimiento de “nuestras tradiciones y herencia cultural”, y en cinco de sus artículos se asume la “protección de la cultura y del patrimonio cultural (arts. 59 a 62 y 65), en conexión con la garantía de un derecho a la participación en la vida cultural (art. 57) y de un “derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural” (art. 58). Ahí se encuentran declaraciones sobre el “patrimonio cultural de la Nación”, la prohibición de exportar bienes culturales (salvo los casos que determine la ley) y la introducción de una autoridad cultural especial. Es especialmente feliz la vía abierta en el art. 61 de la Const. de Guatemala que extiende de forma expresa la protección del Estado a determinados lugares (el Parque Nacional Tikal, el Parque Arqueológico de Quiriguá y la ciudad de Antigua Guatemala) “por haber sido declarados Patrimonio Mundial, así como aquellos que adquieran similar reconocimiento”. Esta remisión jurídico-constitucional, abierta y “dinámica” de carácter *nacional* a la protección *internacional* de los bienes culturales, así como su concreción en la forma de determinados lugares “patrimonio mundial”, no será suficientemente alabada. En efecto, gracias a ella se ensambla de modo visible y

---

23. Sobre las funciones de los Preámbulos véase mi contribución “Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen” (1982), reproducida en mi *Rechtsvergleichung...*, 1992, pp. 176 y ss.

24. La nueva Const. del Perú de 1993 se contenta con declarar la protección sobre el “patrimonio cultural de la Nación” (art. 21), aunque también remite a medidas legales para obtener la repatriación de los bienes ilegalmente sacados al extranjero. Sobre esta cuestión de la restitución: REICHELT, G., “Die Vereinheitlichung des privatrechtlichen Kulturgüterschutzes”, en DOLZER, R. y otros (eds.), *Rechtsfragen...*, citado *supra*, pp. 67 y ss.; I. SEIDL-HOHIENVELDERN, en obra citada en nota 4, pp. 137 y ss. Sobre la “recuperación de bienes culturales en el Derecho internacional”, consúltese el trabajo de idéntico título de B. Walter, 1988. Suggerente, el trabajo de HEINICK, A., “Zollbeamte als Kunsthistoriker”, en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 1 de octubre de 1994, pp. 39 y s.

comprensible la protección jurídico-constitucional interna de los bienes culturales con la protección internacional. Esto debiera crear escuela<sup>25</sup>.

Las posteriores Constituciones de este espacio cultural sólo pueden ser mencionadas sumariamente: desde la bella expresión del art. 63 de la Const. de El Salvador de 1983 ("tesoro cultural salvadoreño"), al art. 172.1 de la Const. de Honduras de 1982 que habla del "patrimonio cultural de la Nación" a cuya protección están obligados no sólo el Estado sino también todos los hondureños (art. 172.4). También la Const. de Paraguay de 1992 habla de "patrimonio cultural de la Nación" (art. 81.1), enriqueciendo el material textual con la obligación del Estado de recuperar los bienes culturales propios que se hallen en el extranjero (art. 81.2), hablando también de la "memoria colectiva de la Nación". La nueva Const. de Colombia de 1991 utiliza también la expresión "patrimonio cultural de la Nación" (art. 72) y declara como inalienables e imprescriptibles determinados bienes culturales que "conforman la identidad nacional", encomendado a la ley la tarea de readquirir estos bienes cuando se encuentren en manos de particulares<sup>26</sup>.

#### 1.4 Nuevas Constituciones de la Europa del Este

El movimiento constitucional en los países postcomunistas de la Europa del Este se caracteriza actualmente por un productivo proceso de recepción de ideas constitucionales de los occidentales<sup>27</sup>. El método comparativo textual también aquí resulta provechoso en la medida en que pueda ser considerable la diferencia entre los nuevos textos y la antigua realidad. En conexión con lo anterior, nos interesa únicamente saber si y cómo se plantean las Constituciones de la Europa del Este el problema de la protección nacional de los bienes culturales. Cabe suponer en principio que también aquí se elegirá algún tipo de cláusulas sobre el patrimonio cultural, puesto

25. La Const. de Nicaragua de 1986 formula su cláusula nacional de protección de la cultura como sigue (art. 128): "El Estado protege el patrimonio arqueológico, histórico, lingüístico, cultural y artístico de la Nación".

26. La Const. de Brasil de 1988 junto a la garantía de los derechos culturales, derecho de acceso a las "fuentes de la cultura nacional" y promoción de la cultura (art. 215), define el patrimonio cultural brasileño "los bienes de naturaleza material o inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña". Una larga lista enumera los ejemplos de patrimonio cultural y las tareas protectoras del Estado son expresamente indicadas (inventarios, registros, vigilancia, medidas expropiatorias, etc.).

27. Sobre esto, véase mi contribución "Verfassungsentwicklungen in Osteuropa-aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre", *AöR* N.º 117 (1992), pp. 169 y ss.

que los Estados protagonistas de estas reformas deben preocuparse bastante por su identidad nacional para llenar el vacío causado por el colapso del marxismo-leninismo y para establecer una continuidad con su "prehistoria"<sup>28</sup>. Van algunos ejemplos: la Const. de Eslovenia de 1991<sup>29</sup> declara de entrada en las declaraciones generales sobre las tareas del Estado (art. 5) que el Estado "cuida de la conservación de los bienes naturales y del patrimonio cultural". En la parte dedicada a los derechos fundamentales esta declaración se especificará esto bajo la rúbrica "cuidado del patrimonio natural y cultural" siendo convertido en un deber fundamental (art. 73):

"de conformidad con la ley, todos tienen el deber de proteger los espacios naturales y culturales. El Estado y las corporaciones locales cuidan de la conservación del patrimonio natural y cultural".

La Const. de la República Checa de 1992 ya en su Preámbulo establece un reconocimiento solemne de la protección de la naturaleza y de la cultura:

"decididos a custodiar y desarrollar conjuntamente la riqueza natural y cultural, material y espiritual, heredada".

El art. 7, de forma específica, establece que:

"el Estado vigila la utilización correcta de los recursos naturales y la protección de la riqueza natural".

La Const. de Estonia de 1992 trata en tres lugares acerca del tema "protección de la cultura y de la naturaleza": en el Preámbulo la propia imagen del Estado queda comprometida ("se garantizará la preservación por los siglos de la nación estonia y de su cultura"). El art. 5 establece que "la riqueza natural y los recursos de Estonia son activos nacionales que deberán ser usados mesuradamente". El art. 53 regula un deber fundamental ("todos estarán obligados a preservar el medio ambiente natural y humano")<sup>30</sup>. La Const. de la Federación Rusa de 1993<sup>31</sup> se encuentra en el

28. La Const. de la República de Serbia de 1990 aborda la protección de la naturaleza y de los bienes culturales bajo la forma de un artículo que trata sobre la expropiación (art. 60.4): "podrá limitarse la propiedad de cosas de especial significado cultural, científico o histórico o que sean relevantes en orden a la protección de la naturaleza".

29. El texto se cita según la versión publicada en *JöR* N.º 42 (1994), pp. 89 y ss.

30. La Const. de Lituania de 1992 trata de la protección de la cultura en el marco de libertad cultural (art 42.2: "protección de la historia, arte y otros monumentos y valores culturales lituanos") y de la protección de la naturaleza y de los recursos (art. 54: protección del ambiente natural, su fauna y flora, los distintos objetos naturales... moderado uso de las fuentes naturales...).

31. Citada según la edición de J. Ch. TRAUT (ed.), *Verfassungsentwürfe der Russischen Föderation*, 1994, pp. 381 y ss.

más reciente nivel evolutivo en la medida en que regula la materia cultura desde la perspectiva de los derechos fundamentales como un derecho de libertad, pero también como un derecho de participación cultural que corresponde a todos (art. 44.1 y 2) y además se manifiesta como un deber fundamental “cuidar de la conservación de la herencia histórica y cultural y salvaguardar los monumentos y símbolos de la historia, la cultura y la naturaleza” (art. 44.3). Todos quedan obligados a “salvaguardar la naturaleza y el ambiente” (art. 58). Desde la perspectiva competencial también aparece el Estado en cuanto que el art. 72.1.e considera que la protección del ambiente y de los monumentos históricos y culturales corresponde a la Federación, y además el art. 74.2 prevé limitaciones a la circulación de bienes y de servicios, cuando lo exija el medio ambiente o los “valores culturales”. Esta es una nueva forma textual para la prohibición de la “exportación de bienes culturales”.

De entre los numerosos *projectos* de Constitución en Europa del Este, merece atención el de Ucrania de junio de 1992. En el capítulo dedicado a los derechos fundamentales se encuentra el deber de todos de “prevenir daños a la naturaleza, a los recursos naturales, a la herencia histórica y cultural y a los monumentos históricos y culturales de Ucrania”. También recoge un nuevo nivel de evolución textual digno de atención en la materia de protección de la cultura y de la naturaleza. En el art. 89, Ucrania se atreve a abrir una nueva vía en cuanto que se toma en consideración el “patrimonio de la cultura mundial” con lo que Ucrania considera seriamente el “universalismo cultural”:

“el Estado creará las condiciones para para el libre desenvolvimiento de la educación, la ciencia y la cultura, desarrollará la herencia espiritual de la nación ucraniana así como la herencia cultural mundial”.

El art. 94 abre una vía propia en la medida en que no sólo se debe proteger el patrimonio cultural de Ucrania frente a su traslado al extranjero, sino que también se obliga al Estado a adoptar medidas que tienen por fin la recuperación de los bienes históricos y culturales sitios allende las fronteras. Esta extensión del deber estatal de protección de la cultura se explica por la especial situación producida tras la disolución de la URSS después de los anteriores traslados dictatoriales de bienes culturales; sin embargo, también puede mostrarse como algo precursor de un pensamiento jurídico general en el Derecho nacional e internacional de los bienes culturales.

## 1.5 Balance provisional

La comparación de niveles textuales nos ha mostrado que la protección (nacional) de los bienes culturales comienza a convertirse en un elemento esencial del tipo Estado constitucional. Sin duda, las configuraciones jurídico-constitucionales muestran una gran pluralidad: desde elemento del Preámbulo hasta derecho fundamental, deber fundamental, encargo constitucional, deber de protección del Estado, tarea del Estado o simple competencia, por lo que llama la atención la no infrecuente inclusión de la protección de bienes culturales en una cláusula general en el contexto de las libertades culturales y de los derechos de participación. También son muy distintas las regulaciones subconstitucionales entre las diversas naciones<sup>32</sup>. Por otro lado, el concepto "bien cultural" se halla muy discutido tanto en la ciencia como en la práctica<sup>33</sup>. Por ello, la comparación de niveles textuales aquí efectuada resulta relevante en la práctica: así ocurre en la Unión Europea por causa de la interpretación del art. 36 del Tratado CEE ("patrimonio artístico, histórico o arqueológico"<sup>34</sup>). El Tribunal de la Unión Europea también ha utilizado este acreditado método de la comparación jurídica de las regulaciones constitucionales de los Estados miembros para llegar a un concepto único europeo "autónomo" de bien cultural nacional que, si bien quizá deja a cada Estado un cierto *marge d'appréciation*, presenta una específica naturaleza jurídico-europea<sup>35</sup>. Este punto medio aquí buscado juega un pa-

32. Algunas indicaciones, pp. ej., sobre Italia, Portugal, España y Perú en: DOLZER, R. y otros (eds.): *Rechtsfragen...*, cit. *supra*, pp. 191 y ss. (Lombardi), pp. 35, 38, 41 (Jayme), pp. 232 (VIRGOS SORIANO), pp. 123 s. (V. BENNIGSEN); véanse también las diversas regulaciones nacionales en relación con la autorización para la exportación de bienes culturales de propiedad privada, sobre ello R. MUSSGUNG, en: *Rechtsfragen...*, cit., pp. 217 s. (discusión) y su sugerente pregunta: ¿museos y archivos como *res extra commercium*?, en *Rechtsfragen...*, pp. 199 y ss. Respecto a la Ley Federal alemana de protección de bienes culturales: B. PIETROTH/ B. KAMPMANN, "Aussenhandelsbeschränkungen für Kunstgegenstände", *NJW* 1990, pp. 1385 (1386 y ss.); FECHNER, F., cit. *supra* DÖV 1992, pp. 609 s.; también JAYME, E., cit. *supra*, pp. 35 (39 s.).

33. Sobre esto resulta fecundo el *symposium* de Heidelberg y especialmente JAYME, E., cit. *supra* pp. 35 y ss., 125 s.; Fiedler, *ibid.*, pp. 142. Véase también la definición del proyecto Unidroit de 1990, sobre ello, REICHEL, G. en: Dolzer y otros (eds.), *Rechtsfragen...*, cit., pp. 67 (72 s.).

34. Entre la doctrina: SCHWARZE, J., cit. en nota 3, *JZ* 1994, pp. 111 y ss.; FECHNER, F., cit., DÖV 1992, pp. 609 y ss. así como la discusión en el *symposium* de Heidelberg, en especial Sack, pp. 131 s., FIEDLER, pp. 132. Véase también EBERL, W., "Probleme und Auswirkungen der EG-Vorschriften zum Kulturgüterschutz", *NVwZ* 1994, pp. 729 y ss.; A.-K. UHL, *Der Handel mit Kunstwerken im europäischen Binnenmarkt*, 1993.

35. En dirección a un compromiso con la competencia cultural de cada Estado singular vale notar las interpretaciones de SCHWARZE, J., cit. *supra*, pp. 113 s.: "el margen de apreciación de cada Estado miembro acaba allí donde la alegación de los intereses culturales propios se presenta como abusiva o desmesurada".

pel en los artículos culturales del Tratado de Maastricht: por un lado, el art. F.1 ("la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros") así como el art. 128.1 ("respeto de su diversidad nacional y regional") poniendo al mismo tiempo de relieve su "patrimonio cultural común", pero también, por otro lado en la cláusula subsidiaria (!) sobre "conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea" (art. 128.2). Se pone de manifiesto la necesidad de aclarar ante todo el tensísimo nivel textual jurídico-europeo de la protección de la cultura.

Si se piensa en las cláusulas jurídico-constitucionales de protección cultural de los numerosos Estados constitucionales que aparecen como piezas del mosaico del actual Derecho Constitucional cultural<sup>36</sup>, se pone de manifiesto en qué gran medida la cultura constituye el "cuarto" elemento del Estado<sup>37</sup>. Los Estados constitucionales se definen también por "su" cultura. En todo caso, debe plantearse el problema de la protección nacional de los bienes culturales en las coordenadas de una teoría de la Constitución elaborada desde la perspectiva de la ciencia de la cultura y el problema de la protección internacional de los bienes culturales desde el plano de una cultura plural universal de la "humanidad" como comunidad mundial unificada por los derechos humanos ("teoría de la humanidad")<sup>38</sup>. Por ello, ambos planos, humanidad y Estado constitucional, se limitan y se apoyan de una forma que exige aclaración<sup>39</sup>.

36. Sobre esto mis trabajos: "Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive", *JöR N.* 32 (1983), pp. 9 y ss. y "Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz", *JöR N.* 34 (1985), pp. 303 (318 y ss.) así como nota 42 *infra*.

37. *Vid.* DÜRIG, G. "Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither", *VVDStRL N.* 13 (1955), pp. 27 (49 s.); también *Id.*, pp. 45: "existe... una "herencia" cultural alemana común en sentido objetivo. Por esto entendemos la sedimentación corporal del espíritu en la materia; esto abarca desde una canción popular transcrita a una sinfonía, desde la fachada de una casa a una catedral, desde los cuentos populares al drama, etc." La conexión con el elemento del Estado "territorio" se fundamenta intencionalmente, en mi opinión: construcción de bienes culturales en el país ("territorio del Estado"), pero también nacionalidad del artista ("pueblo del Estado"), lugar de destino, lugar de hallazgo, "sujeto" ("territorio del Estado") son en cualquier caso criterios de procedimientos generales de recepción "a lo largo del tiempo" (así, pp. ej., se enclava un bien en la cultura nacional). Muchos aspectos son objeto de discusión en el symposium de Heidelberg de 1990 (p. ej., pp. 35 y ss., 125 s., 142 s.).

38. Es certero M. Gorbachov en su "declaración de Bayreuth" (1993), cit. según el *Nordbayerischer Kurier* de 26 de julio de 1993, pp. 10: "la cultura es más sabia que la política pues por naturaleza se opone a cualquier caso de separatismo, aislacionismo y nacionalismo. Tanto para la novela, desde Dostoievski a Thomas Mann, como para la música, de Bach a Musorgski, no existen barreras en relación al tiempo o al sistema político, a las aduanas o a la avidez del mercado. Pertenecen a todos, a toda la humanidad".

39. Las primeras reflexiones acerca de la protección de la naturaleza y de la cultura como "protección de la humanidad" en mi comentario: *AöR N.* 116 (1991), pp. 271 (277).

Quizás la cuestión de la coordinación de los bienes culturales<sup>40</sup> nacionales debiera aclararse y relacionarse sistemáticamente con la teoría de los elementos del Estado: el papel del territorio (“lugar de origen”, “lugar de residencia”) tiene relación con el elemento “territorio del Estado”; la discusión acerca del punto de conexión de la nacionalidad del creador cultural alude al elemento “pueblo del Estado”; la cuestión del ordenamiento jurídico aplicable y de los deberes de protección jurídico-culturales es también una cuestión del elemento llamado “poder del Estado”; y el nuevo “cuarto” elemento del Estado, la “cultura” constituye un aspecto que envuelve todo esto<sup>41</sup>.

El principal fruto de la comparación de niveles textuales debiera ser de modo provisionañl, que produce estímulos para la “filosofía” de la protección de bienes culturales.

## II. REFLEXIONES TEORÉTICO-CONSTITUCIONALES

### 2.1 Una modesta teoría constitucional de la protección de bienes culturales

La valoración teórica del material textual aquí incluido nos conduce a una “modesta teoría constitucional” de la protección de bienes culturales. El Derecho Constitucional Cultural<sup>42</sup>, objeto de plurales tratamientos, queda enriquecido como un importante elemento. La protección nacional de los bienes culturales en un análisis comparado de los textos jurídico-consti-

---

40. El convenio de la UNESCO de 1970 contempla la nacionalidad del bien cultural ante todo a través de la nacionalidad de su creador, sobre esto JAYME, E., en: DOIZER y otros (eds.), *Rechtsfragen...*, cit., pp. 35 (38). Merece atención el tenor del texto: “propiedad cultural creada por el genio individual o colectivo de los nacionales del Estado afectado, y la propiedad cultural de importancia del Estado afectado creada dentro del territorio de ese Estado...”.

41. Bien insinuado en la tesis de JAYME, E., “Arte degenerado” y Derecho Internacional Privado, 1994, pp. 24; en la obra de arte “toman cuerpo las energías espirituales” que como “deben considerarse como expresión de la identidad del artista y de la Nación que lo recibe como suya”; véase también Id., *Kunstwerke und Nation*, 1991, especialmente pp. 28 y ss. El aspecto de la “autodeterminación cultural” del Estado es subrayado por VON SCHORLEMER, S., *Internationaler Kulturgüterschutz*, 1992, pp. 42 y ss.

42. HÄBERLE, P., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980; Id., “Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht”, en: Id. (ed.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, pp. 1 y ss.; OPPERMANN, T., “Ergänzung des GG um eine Kultur(Staats)klausel?” en *Festschrift für Bachof*, 1984, pp. 3 y ss.; STEINER, U./GRIMM, D., “Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen” *VVDStRL N.º 42* (1984), pp. 7 y ss.; P. PERNTHALER (ed.), *Föderalistische Kulturpolitik*, 1988.

tucionales se nos muestra como una piedra angular viva (y crecientemente internalizada) de la comprensión de la Constitución como Cultura, de forma paralela a como, gracias a la protección internacional de los bienes culturales, la misma se expande a la humanidad, a su patrimonio universal y al mismo tiempo a su cultura nacional y transnacional. Sólo gracias a la protección nacional de los bienes culturales se consigue la protección internacional. Ambas se complementan mutuamente. Cuanto más diversa y efectiva sea la protección nacional de los bienes culturales, tanto más posibilidades existen de que la protección internacional no sea "platónica". Y viceversa, cada Estado constitucional se ve precisado, por causa de la protección internacional de los bienes culturales y de las consecuentes obligaciones jurídico-internacionales a construir, tomarse en serio y desarrollar una protección nacional. Los nuevos textos constitucionales han sido muy útiles para este propósito. Así pudiera llegarse a un orden de reciprocidad que recuerda al de la *regula aurea*, a una comunidad de bienes culturales mundiales gracias a la protección de los bienes culturales y de los derechos humanos, tanto más importante para la humanidad cuanto nos encontramos en una época de progresivo economicismo y creciente caída en la barbarie.

Cada Estado constitucional encuentra en los grupos de textos ofrecidos una buena guía. Desde una perspectiva formal, la protección de los bienes culturales puede ser emplazada en el Preámbulo, en el capítulo dedicado a los fundamentos de la Constitución o entre las tareas del Estado, así como entre los derechos fundamentales. Desde una perspectiva material, puede ser contemplada como un fin del Estado hasta, en última instancia, por el Derecho Penal o el Privado. El fin educativo "respeto a otras culturas y pueblos" tiende un puente entre la protección nacional y la internacional de bienes culturales<sup>43</sup>. La protección nacional de los bienes culturales, comparada con las tradiciones cláusulas de protección de monumentos (p. ej. art. 150.1 y 2 de la Const. de Weimar) ha sido enormemente aquilatada y "vivificada". Ha recibido vitalidad a través de los derechos de acceso a la cultura, ha sido fortalecida como deber fundamental en algunas Constituciones, ha sido "interiorizada" como fin educativo y ha sido generalizada a través de las cláusulas de patrimonio general cultural.

Estos desarrollos de los textos jurídicos no son un fin en sí mismos. Antes bien, aluden a una profunda conexión: el Estado constitucional se define (también) por su cultura nacional (funda su identidad<sup>44</sup>) y la libertad

---

43. Sobre esto mi estudio *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungstaat*, 1981.

44. Sin duda, la Teoría de la Constitución desde un principio trata de la elaboración científica de conceptos como "identidad nacional". Del debate general sobre la identidad nos podría

sólo se convierte en libertad “plena” a través de la cultura. La persona consigue “andar de pie” gracias a la cultura. Los productos de los derechos fundamentales culturales como la libertad religiosa, artística o científica<sup>45</sup>, esto es, las obras de arte, maduran con el correr del tiempo en lo que los textos nacionales e internacionales califican como “bien cultural”. Una brecha se abriría cuando un día las Constituciones nacionales vayan más lejos de sí y reciban *expressis verbis* elementos textuales del convenio de la UNESCO de 1972, otorgando protección también a los bienes culturales “extranjeros” o mundiales (algo de esto se encuentra en Guatemala y Ucrania). También se encaminan en este sentido algunos fines educativos orientados al respeto de otras culturas y pueblos.

## 2.2 La Constitución como Cultura

La protección nacional de los bienes culturales sólo es un aspecto de algo más complejo: cada Constitución propia de un Estado constitucional parece animada por la dimensión de lo cultural. La protección de bienes culturales, las libertades especiales de la cultura, las cláusulas expresas sobre el patrimonio cultural y los artículos generales sobre el Estado de cultura no son más que especificaciones de la genérica dimensión cultural de la Constitución<sup>46</sup>. Cuando el Estado constitucional en su actual estado de evo-

---

ayudar a encontrar un camino intermedio entre la “consagración de la identidad” y la “negación de la identidad”. Alguna ayuda proporcionan afirmaciones como: “la nación es la expresión, la forma y la realidad fruto de la historia” (M. Walser) o la cuestión planteada por HABERMAS, J. (1974): “¿pueden las sociedades complejas formular una identidad racional?”. Provocativa es la tesis de WALTHER, R. (“Was ist `nationale Identität’”, en *Die Zeit* N.º 33 de 12 de agosto de 1994, pp. 28): “lo que mejor identifica a la identidad nacional es su versatilidad y arbitrariedad”. En mi opinión, sólo resulta operativo para la ciencia de la cultura, que se aventura aquí en el sentido de “concepto abierto de cultura” (sobre ello, mi estudio *Kulturpolitik in der Stadt*, 1979), hablar de una “identidad nacional abierta, plural” (WEIDENFELD, W./KORTE, K.-R., 1991). Se muestra atinado HABERMAS, J. (*Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, St. Gallen, 1991, pp. 32) cuando dice que “la identidad de la comunidad política, que ni siquiera resulta lesionada por las inmigraciones, reside primordialmente en los principios jurídicos anclados en la cultura política y no en un especial forma de vida étnico-cultural en conjunto”. Esta pretensión resulta cercana al “parentesco electivo” que aparece como idea motriz del art. 27 de la Const. canadiense de 1981 (cit. según el *JöR* N.º 32 (1983), pp. 632 y ss.): “*This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians*”.

45. Sobre la “Libertad artística desde la perspectiva de las ciencias del espíritu y del Derecho Comparado” vease mi contribución “*Freiheit der Kunst in kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht*”, en LERCHE, P. y otros, *Kunst und Recht*, 1994, pp. 37 y ss.
46. Esta cuestión ha sido profundizada en HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, en especial, pp. 19; y desde entonces, *Id. Europäische Rechtskultur*, 1984, *Id.*, “*Altern*

lución, hace efectiva, aquilata y desarrolla su protección de los bienes culturales, lo hace en servicio de su identidad cultural. La comprensión científico-cultural de las Constituciones nos proporciona al mismo tiempo la convicción de que “la Constitución no es únicamente un ordenamiento jurídico para los juristas y para que éstos la interpreten con arreglo a nuevas y viejas tóxicas jurídicas; antes bien, la Constitución opera esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no sólo es un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino que también es expresión de un determinado nivel de desarrollo cultural, es expresión de la autorepresentación cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”.

### 2.3 El contexto de la cultura y de la naturaleza: una constante antropológica con múltiples variantes

Una atención específica merecen las cláusulas de protección de la naturaleza. También éstas se han aquilatado en comparación con las formas textuales clásicas y deben leerse en el contexto del nuevo Derecho constitucional ambiental<sup>47</sup>. Sin embargo, es especialmente llamativo el contexto en el que, por regla general, casi siempre se encuentra la protección constitucional de la cultura y de la naturaleza. Del mismo modo que el convenio de la UNESCO de 1972 se dirige con el mismo aliento al patrimonio cultural y natural del mundo, así también en las nuevas Constituciones, ambas dimensiones se hallan estrechamente conectadas. Desconcierta el paralelo que presenta la evolución de los niveles textuales. La naturaleza, cuando no aparece considerada ella misma como una pieza de la cultura humana<sup>48</sup>, se

---

und Alter des Menschen als Verfassungsproblem”, en *Festschrift für Peter Lerche*, 1993, pp. 189 y ss.; Id., “Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre”, en *Festschrift für Batliner*, 1994, pp. 397 y ss.

47. P. ej., el art. 141.1 de la Const. de Baviera de 1946 afirma que “la protección de los espacios naturales está... confiada al especial cuidado de cada individuo y de la comunidad estatal. Los bienes naturales deben ser usados con mesura y moderación”. El art. 31.1 de la Const. de Berna de 1993 declara que “el ambiente natural debe ser conservado sano para las generaciones presentes y venideras”, y añade en su art. 32 que “el cantón y las corporaciones locales colaboran con las organizaciones privadas en la adopción de medidas para la conservación de los paisajes, lugares, símbolos naturales y bienes culturales dignos de conservación”.

48. En esta cuestión para delimitar el “bien cultural” del “patrimonio natural” debe tomarse en cuenta la característica de “haber sido creado por mano humana”. Acerca del estado de la cuestión, REICHEL, G., en DOLZER y otros (eds.), *Rechtsfragen...*, cit., pp. 67 (72 s.); V. Bennigsen, *ibid.* pp. 30 s. (discusión). Los “objetos culturales” de los “pueblos naturales”, en mi opinión pueden ser encuadrados en el concepto de bien cultural atendiendo a su “dedicación”, “recepción” o “configuración”.

convierte en algo cada vez más próximo e “importante” en el Estado constitucional. Ejemplos de esta complementariedad íntima de la cultura y de la naturaleza<sup>49</sup> son textos como “la misión de proteger y administrar los grandes símbolos artísticos, históricos y naturales, así como los paisajes”<sup>50</sup>. En ocasiones, la protección de la naturaleza y del ambiente va a ser objeto de una consideración específica (arts. 31 a 33 de la Const. de Turingia). Una marcada regulación conjunta de la naturaleza y de la cultura se encuentra en el art. 24.1 de la Const. griega de 1975 (“La protección del ambiente natural y cultural es deber del Estado”). También la Const. española recoge la protección del ambiente y de la cultura en dos preceptos correlativos (arts. 45 y 46). Esta conexión se enraiza en la *conditio humana* que está sellada por “la naturaleza y el arte” (o la cultura en general), algo que por su parte muchos clásicos han apreciado (recuérdese Goethe, “*Natur und Kunst, sie scheinen sich zu fliehen...*”). El convenio de la UNESCO de 1972 eleva ahora esto al plano de la humanidad. La vida humana sólo florece sobre la base de una protección interestatal y universal de la cultura y de la naturaleza.

### III. LA CONSTRUCCIÓN DE LA HUMANIDAD A PARTIR DE LA PROTECCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS BIENES CULTURALES

*Siete tesis:* percepción (por el Estado constitucional) de la humanidad desde una perspectiva científico-cultural, la comunidad mundial de los Estados culturales, libertad política mundial gracias a la cultura, el patrimonio multicultural del mundo, la cultura de la humanidad, relaciones de dependencia.

#### 3.1 La comunidad mundial de los Estados culturales

El convenio para la protección de los bienes culturales, en especial “para la protección del patrimonio cultural y natural del mundo” hace crecer también una comunidad mundial (entendida jurídicamente) de los

---

49. Acerca del sustrato filosófico de esto véase el diálogo de Blaubeuren *Natur in den Geisteswissenschaften*, t. I (ed. por R. BRINKMANN), 1988. Sobre el mismo véase mi recensión en *AöR* N.º 116 (1991), pp. 271 y ss.).

50. Art. 141.2 de la Const. de Baviera; de modo similar, art. 18.2 de la Const. de Renania del Norte-Westfalia, art. 40.3 de la Const. de Renania-Palatinado, art. 34.2 de la Const. del Sarre, art. 30.2.1 de la Const. de Turingia.

Estados culturales. Aunque en la práctica exista aún un gran déficit en cuanto a la ejecución del convenio (como se ha comprobado dolorosamente en la destrucción de Dubrovnik y, en general, en toda la guerra de la Ex-Yugoslavia), en 1954 y en 1972 los Estados se han propuesto a sí mismos y se han obligado a ser Estados culturales. Independientemente de que los propios Estados se manifiesten expresamente como Estados culturales gracias a cláusulas generales o especiales relativas al Estado Cultural, lo cierto es que a través del convenio de la UNESCO de 1972, surgen en ellos elementos propios del Estado constitucional de cultura. Así sucede, p. ej., con respecto a la tarea impuesta en el art. 4 ("registro, protección y conservación en cuanto a estado y valor, del patrimonio cultural y nacional indicado en los arts. 1 y 2 que se encuentre en su territorio de soberanía, así como aseguramiento de la transmisión de este patrimonio a las siguientes generaciones") o con la obligación fijada en el art. 5 ("establecer una política general dirigida a dar una función al patrimonio cultural y natural en la vida pública")<sup>51</sup>. Esta obligación y consideración interno-estatal de la cultura tiene su correspondencia en las relaciones exteriores del Estado, como ocurre p. ej. con el establecimiento de un "sistema de colaboración y ayuda internacionales" (art. 7) o con el deber de los Estados contratantes de contribuir al fondo (arts. 15 y ss.). Si se atiende conjuntamente a las facetas interna y externa del Estado y a sus obligaciones en materia de protección cultural y se añaden además todas las estructuras y actividades de la UNESCO, así como la construcción en muchos países de un Derecho Constitucional de los bienes culturales (como el visto en los epígrafes I y II de este trabajo) no resulta en absoluto exagerado hablar de una "comunidad mundial de Estados culturales". El "otro" objeto del convenio de 1972, esto es, la protección del patrimonio natural de la tierra, debe ser pensado siempre junto al anterior, a la vista de la complementariedad de la naturaleza y de la cultura en el único "planeta azul" Tierra, sobre todo en el marco del "desierto del universo".

---

51. La profundización de los principios de la protección nacional e internacional de los bienes culturales debe traspasar incluso los principios de las fundaciones culturales; modélico resulta el Tratado interestatal entre Berlín y Brandemburgo sobre "Fundación palacios y jardines de Berlín-Brandemburgo" de 1994. En el mismo (según el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 24 de agosto de 1994, pp. 5) se dice que "la Fundación tiene como tarea cuidar de los bienes que le son transferidos, tomar en consideración los emplazamientos históricos, artísticos y botánicos, hacer su inventario, hacerlos accesibles al público y hacer posible el aprovechamiento científico y educativo de estos bienes culturales en interés de la colectividad".

### 3.2 El contrato social mundial en materia de cultura y naturaleza

En el marco de la espesa red de los tratados de Naciones Unidas que transforman el mundo (como los pactos sobre derechos humanos), el convenio de la UNESCO de 1972 resulta muy próximo a la figura ideal del contrato social. La idea de asociación de John LOCKE, que hasta hoy ha mostrado el camino del Estado constitucional, también resulta fructífera para la protección del patrimonio cultural y natural de la tierra. Todas las cláusulas de patrimonio cultural evocan la idea de fideicomiso. Los Estados contratantes son “fideicomisarios” de su propia cultura y de la cultura “de valor universal”. Para la protección del “patrimonio mundial” debe colaborar como conjunto la “comunidad internacional de Estados” (véase el art. 6.1). Los pueblos o Estados contratantes se hallan en posición de igualdad entre ellos en la medida en que “cada pueblo presta su contribución a la cultura mundial” (Preámbulo del convenio de 1954). La conclusión real de un contrato social en materia de cultura y naturaleza entre los Estados y pueblos (1954 y 1972) debe ser pensada extendiéndolo a la persona individual. Las personas protegidas en los pactos de derechos humanos de Naciones Unidas de 1966 son partes contratantes, también desde la perspectiva de las generaciones, esto es, como contrato generacional cultural (véase el art. 4 del convenio de 1972: “así como asegurar su transmisión a las generaciones venideras). Son la cultura creada por la mano del hombre y la naturaleza “hacedora” del ser humano, las que deben conservarse como “patrimonio”. El concepto de personas o ciudadanos del único mundo nos resulta hoy próximo, del mismo modo que en el pasado John LOCKE pensó al ser humano como sujeto contratante para asegurar la libertad y propiedad en el Estado y como I. KANT pensó al ser humano en su dimensión de “ciudadano mundial”. Ahora bien, el ser humano no es ciudadano mundial únicamente gracias a la protección del patrimonio cultural y natural del mundo. Esta protección facilita al ser humano actual su *status mundialis hominis* junto con los pactos de derechos humanos: como *status culturalis* (en un nuevo sentido) y también como *status naturalis*<sup>52</sup>.

### 3.3 Libertad política mundial (y estatal) gracias a la cultura

La cada vez más fortalecida protección nacional e internacional de los bienes culturales, como se ha mostrado en los asequibles textos merita-

---

52. De alguna manera, los derechos humanos han pasado de ser “patrimonio cultural euroatlántico” a “patrimonio mundial”; del mismo modo, la “ciencia”, reivindicada y entendida como patrimonio europeo, resulta ahora una pieza del patrimonio cultural universal.

dos, nos “recuerda” que la libertad y la cultura se complementan. Todas las libertades, en un profundo sentido, son “libertades culturales” porque ¿no hay libertades “naturales”? Ciertamente, la filosofía de los derechos humanos, en orden a asegurar a la persona frente al cada vez más absoluto poder del Estado, utilizó la ficción de que la persona era libre “por naturaleza” y había “nacido libre” (véase el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948). Sin embargo, esto no altera el hecho de que la libertad, analizada a la luz de la historia, se ha desarrollado a partir de la socialización cultural que la persona literalmente “construye” gracias a unos cánones cada vez más “interiorizados” en el Estado constitucional como fines educativos (respeto por la igual dignidad de los demás y por los derechos humanos, tolerancia, responsabilidad ante la naturaleza y el ambiente, justicia social, convivencia pacífica entre pueblos y culturas)<sup>53</sup>. Los bienes culturales protegidos nacional y transnacionalmente gracias a los convenios internacionales son, en cuanto “cristalizaciones culturales” producto de las personas de muchos tiempos y pueblos y posibles hoy gracias a la triada de las libertades fundamentales de carácter religioso, científico y artístico. Lo que resulta protegido como “patrimonio cultural de toda la humanidad” (Preámbulo del convenio de 1954), lo que los Estados constitucionales aseguran hoy cada vez de forma más intensa y especializada, también opera como fin educativo para los jóvenes ciudadanos y como valor orientador y formativo para los más mayores. Los bienes culturales protegidos por el Derecho constitucional interno y por el Internacional contribuyen a que la persona “vaya erguida” como ciudadano del Estado y del mundo. La protección de bienes culturales es, por tanto, correlato de las garantías y pactos universales e interestatales sobre derechos humanos<sup>54</sup>.

---

53. Sobre esto HÄBERLE, P., *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungstaat*, 1981.

54. Acertado, FIEDLER, W., “Kunstraub und internationaler Kulturgüterschutz”, en *Magazin Forschung* N.º 2/1991, Universidad del Sarre, pp. 2 (4): “las obras culturales se muestran no sólo como expresión de una determinada particularidad estatal-nacional en el sentido de “identidad”, sino también como portadoras de un importante contenido de derechos fundamentales”. Si los bienes culturales son entendidos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, encontraremos consecuencias prácticas para la cuestión de los derechos de acceso. Algunas recientes Constituciones conciben los derechos de acceso como derechos de titularidad universal y otras los limitan a los nacionales. En mi opinión, los derechos de acceso son válidos para todos cuando se trate de bienes culturales que pertenecen al “patrimonio cultural de toda la humanidad”, y al menos corresponden a los ciudadanos de la UE cuando tales bienes sean de aquellos que corresponden al “patrimonio cultural de importancia europea”. Para un estudio del problema jurídico-internacional (ciertamente muy restrictivo): DOLZER, R., en Id. y otros (eds.), *Rechtsfragen...*, cit., pp. 149 (157 s.). Respecto al litigio germano-ruso en torno al arte botín de guerra: FIEDLER, W., *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 4 de noviembre de 1994 (p. 42) y de 27 de enero de 1995 (p. 38).

Los derechos humanos caerían en el vacío si no tuvieran el asidero de las obras creadoras de la cultura que, en cuanto “patrimonio” abren la posibilidad de una apropiación interna<sup>55</sup> y, con ella, excitan nuevos procesos creativos en el futuro que, por su parte, algún día podrán madurar y llegar a ser patrimonio cultural de “todos los pueblos del mundo” o de la “humanidad”<sup>56</sup>.

### 3.4 El patrimonio cultural universalmente protegido como multicultural

En el plano del Estado constitucional se discute hoy con gran viveza en qué medida un pueblo puede ser “multicultural” y se fomenta la vigencia de la protección de las minorías culturales a través de múltiples formas (derecho fundamental, fin del Estado, fin educativo, derecho de un grupo)<sup>57</sup>. Conceptos como “nación volitiva” (en Suiza), “nación cultural” (sobre todo en Alemania), identidad nacional (aprehensible p. ej. en días festivos como el 4 de julio en los EUA o el 14 de julio en Francia<sup>58</sup>) se hallan cada vez más puestos en cuestión debido a los movimientos migratorios mundiales, a las guerras civiles y a la “sociedad sin fronteras” generada por las técnicas de comunicación. Los convenios internacionales de protección de los bienes culturales nos enseñan que el patrimonio cultural del mundo o de la humanidad sigue siendo multicultural y que, en consecuencia, deben ser rechazadas las pretensiones nacionales de supremacía. Así se comprueba en los elementos textuales de 1954 (“pues cada pueblo presta su contribución a la cultura mundial”) y de 1972 (“importancia del aseguramiento de estos bienes únicos e irremplazables para todos los pueblos del mundo, con independencia de a qué pueblo pertenezcan”). Lo que tiene un “extraordinario valor universal” y fundamenta el “universalismo cultural” ha sido generado y gestado en el nivel nacional y pasa al plano del mundo o

55. Agudo, HERDEGEN, M. “Der Kulturgüterschutz im Kriegsvölkerrecht”, en DOLZER y otros (eds.), *Rechtsfragen...*, pp. 161 (173): “la individualidad de cada uno también vive de la mediación conscientemente experimentada de sus raíces histórico-espirituales”; véase también su indicación sobre los “componentes histórico-culturales de la existencia humana”.

56. El elemento textual “patrimonio” no debe ser entendido de forma demasiado estricta o sólo retrospectiva: se desarrolla, está abierto y posee dimensiones prospectivas (“cláusulas del patrimonio futuro”). Reciente y sugerente, HOFFMANN, H.C. (ed.), *Das Weltkulturerbe deutschsprachiger Raum*, 1994.

57. En relación con el debate sobre la protección de las minorías en el marco de la reforma de la Ley Fundamental de Bonn (concretamente, su art. 20.b) véase el informe de la comisión constitucional mixta del Parlamento alemán (3/1993, pp. 140 y ss.).

58. Sobre esto, mi estudio *Feiertage als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987.

de la humanidad a través de determinados procesos de recepción. Los pueblos o Estados contratantes en cuanto Estados culturales permanecen en su diferencia que construyen constitucionalmente sobre la faceta (territorial o personal) de "país de origen" de "sus" bienes culturales. En el actual nivel de desarrollo del Estado constitucional, estos Estados llevan a cabo una protección de los bienes culturales cada vez más fuerte, pues éstos a su vez facilitan su identidad. La posibilidad de que bienes culturales nacionales puedan convertirse en bienes que el convenio llama de "valor universal" hace que la "cultura mundial" sea abierta y pluralista. Esto nos enseña que debemos oponernos decididamente a toda nivelación de la cultura (aunque sea de algunas manifestaciones de la civilización occidental). La cultura universal del convenio de la UNESCO vive del pluralismo. Sí, ciertamente, este conocimiento de los textos internacionales pudiera ayudarnos a plantear el problema de la multiculturalidad en el plano nacional de una forma nueva, esto es, más tolerante.

### 3.5 La percepción de la humanidad "en" el Estado constitucional

Los dos convenios, el de 1954 y el de 1972, hacen referencia expresa y central a la "humanidad": el Preámbulo de 1954 desea evitar un "perjuicio del patrimonio cultural de toda la humanidad"; el Preámbulo de 1972 desea que las partes del patrimonio cultural o natural de "extraordinaria significación" sean conservadas como partes del patrimonio mundial de toda la humanidad". A la vista de la mutua interdependencia de la protección nacional e internacional de los bienes culturales cabe plantear la cuestión de si las propias Constituciones de los Estados constitucionales piensan ya "internamente" en la humanidad o en el mundo como magnitudes conceptuales de valor fundamental. En todas las Constituciones donde se reconocen derechos fundamentales como derechos de todas las personas, se piensa en la "humanidad" aunque sea desde la faceta individual. Así, ya la Ley Fundamental de Bonn, en 1949, se atreve a decir que "el pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda sociedad humana, de la paz y de la justicia mundiales". El art. 7 de la Const. portuguesa se pronuncia a favor de la colaboración con todos los pueblos "para el progreso de la humanidad" y, a través de su propio catálogo de derechos fundamentales pretende hallarse en "sintonía con la Declaración universal de derechos del hombre" (art. 16.2)<sup>59</sup>. En algunos de los nuevos

---

59. Véase también el art. 10.2 de la Constitución Española de 1978.

fines educativos se abre camino el aspecto de la humanidad (véase el art. 22.1 de la Const. de Turingia de 1993: “convivencia pacífica de las culturas y los pueblos y responsabilidad por los fundamentos naturales de la vida del hombre”). Esta selección de textos constitucionales sobre la percepción de la “humanidad” puede bastar. Nos muestra que los constituyentes nacionales se hallan en camino para hacer de la humanidad o del mundo magnitudes conceptuales, de la misma forma que lo hacen los dos convenios internacionales sobre protección de bienes culturales. Dicho de otra forma: por un lado, la “humanidad” se convierte en tema constitucional, a través de lo cual a su vez se construye la propia humanidad. La protección de los bienes culturales en los planos nacional e internacional supone sólo una primera etapa de un camino ciertamente largo que encontró su punto de partida en el texto clásico de KANT sobre el *Tratado de la paz perpetua* (1795)<sup>60</sup>.

### 3.6 La construcción de la humanidad a partir de la protección internacional de bienes culturales

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 a través de su fin de asegurar la “paz mundial” y de su promoción de la “colaboración internacional” (p. ej., en los “terrenos de la cultura y de la educación”) es pionera, en cuanto a la forma y a la materia, en el servicio a la humanidad y al mundo. Un segundo documento en orden a la construcción de la humanidad como tal lo constituyen la Declaración universal de derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 (véanse los incisos de su Preámbulo: “reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana”, desconocimiento de los derechos fundamentales como lesión de la “esencia de la humanidad”; e igualmente el fin educativo del art. 26.2 del respeto de los derechos humanos) y los dos pactos internacionales de derechos humanos de 1966 que la suceden. Puede ser considerado como el tercer gran paso al tiempo que se establece la UNESCO en 1945<sup>61</sup>, la “protección

---

60. Ciertamente el idealismo alemán ha prestado una contribución en la historia de las ideas al concepto de “humanidad” gracias a las obras de J.G. HERDER *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* (1784 a 1791), I. Kant (“el derecho cívico mundial”, propio del “ciudadano de un Estado universal” en cuanto “necesario complemento del Derecho Político y del Derecho Internacional para conseguir unos derechos humanos abiertos”) y J. SCHILLER (véase su artículo “Etwas über die erste Menschengesellschaft” [1789] y su serie de cartas “Über die ästhetische Erziehung des Menschen” [1795]).

61. Véase su art. 1.2.c.: “conservación y protección del patrimonio mundial contenido en los libros, obras de arte y monumentos de la historia y de la ciencia...”.

del patrimonio cultural y nacional del mundo"<sup>62</sup>. Las acepciones de la humanidad de los convenios de 1954 y 1972 la ven desde la perspectiva de la protección de bienes culturales y la crean desde este ángulo<sup>63</sup>. Estos convenios conciben el mundo o la humanidad como comunidad cultural y enriquecen el canon universal de valores fundamentales con la dimensión "vertical" de la cultura. Sabiendo que la cultura nacional puede tener una dimensión universal construyen la humanidad gracias precisamente a esa cultura. Junto a la paz mundial y a los derechos humanos universales aparece la protección de los bienes culturales con sus dos planos. A partir de muchos seres humanos individuales esta protección "construye" la "humanidad" que aparece como una magnitud no abstracta, sino viva, experimentable, que se erige y se refleja en la cultura. Así se genera una unidad mundial de la cultura, la auténtica "internacional de la humanidad" del único "planeta azul"<sup>64</sup>.

### 3.7 La relación de interdependencia entre la protección nacional y la internacional de los bienes culturales

La última tesis trae a colación la interdependencia antes referida entre los dos planos de la protección de los bienes culturales. Los análisis textuales nos han mostrado en qué medida los grupos de normas van en-

---

62. En este contexto bien cabría asentar la feliz expresión acuñada en 1967 por el embajador maltés Arvid Pardo: "patrimonio común de la humanidad". Sobre esto, OPPERMAN, T., "Vom Marktbürger zum EG-Bürger?", en G. NICOLAYSEN/H. QUARITSCH (eds.): *Lüneburger Symposium für Hans Peter Ipsen*, 1988, pp. 87 y ss.

63. El tratado sobre el espacio cósmico de 1967 habla varias veces de la "humanidad" como magnitud conceptual: en el Preámbulo ("las grandes perspectivas que se abren para el avance humano en el espacio cósmico de la humanidad", "el interés común de toda la humanidad en la progresiva investigación y utilización del espacio cósmico"), en el art. 1.1 y en el 5 ("astronautas como embajadores de la humanidad en el espacio"). Entre la doctrina, DOLZER, R., "Gemeinsamen Erbe der Menschheit im geltenden Völkerrecht", en DOLZER, R. y otros (eds.), *Rechtsfragen...*, cit., pp. 13 (17 y ss.); también T. Fitschen, en: Fiedler (ed.), *Op. cit.*, pp. 183 (206 y ss.). Una temprana referencia al "patrimonio común de la humanidad" se encuentra en el Derecho del Mar (véase W. Graf Vitzthum, *Der Rechtsstatus des Meeresbodens*, 1972, pp. 247 y ss., 358) y otra ulterior en el Tratado lunar de 1979 (sobre esto, DOLZER, R., *Op. cit.*, pp. 13 [19]).

64. La "ciudadanía mundial" en el arte y en la cultura fue un programa proyectado en el espíritu de Goethe. Consideraciones a este respecto en E. H. GOMBRICH, Premio Goethe de 1994 y en su discurso "Goethe und die Geister aus dem Kunstgrunde der Vergangenheit" (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 29 de agosto de 1994, pp. 29). Desde este punto de vista, gracias al patrimonio cultural mundial el ciudadano ¡se siente como "en casa"!

contrándose en su crecimiento y qué empujes por parte de los convenios internacionales ha experimentado el Derecho Constitucional en materia de protección de bienes culturales (véase la obligación derivada de los arts. 4 y 5 del Convenio de 1972). Y viceversa, se aprecia en todas partes una tendencia a la internacionalización en los Derechos Constitucionales nacionales (así ocurre respecto a los derechos humanos y a los fines educativos y con relación a la colaboración internacional). El convenio de 1972 establece determinadas tareas para los Estados contratantes en cuanto Estados culturales (p. ej., art. 5) después de que en el art. 4 haya definido como la protección de los bienes culturales como su "tarea propia". Precisamente, ahí se pone de manifiesto cuán intensivamente se interrelacionan ambos planos, tanto en lo teórico como en lo técnico-práctico. Las "naciones culturales" singulares y el "universalismo cultural" se encadenan mutuamente. Cuanto más imaginativamente los Estados constitucionales configuren su protección nacional de los bienes culturales y lleven a la práctica sus aquilardados textos, tanto más efectiva será la protección internacional de los bienes culturales. El ordenamiento recíproco<sup>65</sup> aquí perfilado amplía el imperativo categórico de KANT a la escala del mundo de hoy y del mundo por venir para las próximas generaciones, como ya había pensado H. JONAS para la preservación de la naturaleza ("actúa de tal modo que las consecuencias de tu acción sean compatibles con una existencia futura digna, esto es, con la pretensión de que la humanidad sobreviva por un tiempo indefinido"). Los contornos de un "contrato cultural mundial" se hacen así visibles. La humanidad creada vive de lo nacional en la cultura pensada como universal. Desde un punto de vista político-constitucional, la relación de interdependencia aquí esbozada entre ambos planos llega a su culmen cuando la protección nacional de los bienes culturales asume también la dimensión internacional (p. ej., los antecedentes de los fines educativos establecidos en las Consts. de Guatemala y Ucrania).

La construcción de un "nuevo acercamiento" entre las naciones gracias a la protección nacional e internacional de los bienes culturales y la constitución de la humanidad a partir de la cultura, flanqueada por la idea de derechos humanos, es ciertamente una tarea "eterna" en el progreso<sup>66</sup>.

---

65. Sobre la Constitución del Estado constitucional como un "ordenamiento recíproco conciliado jurídicamente": HAVERKATE, G. *Verfassungslehre*, 1992, pp. 48 y ss.

66. La opinión pública mundial se sensibiliza de modo creciente en la materia "patrimonio cultural de toda la humanidad". Así, el atentado terrorista a la Iglesia de San Georgio de Velabro en Roma en 1993 irritó no sólo a Europa, sino a todo el mundo formado; lo mismo pasó en relación con los atentados a las pinturas de los museos (Florenia) o con los robos de imágenes (Frankfurt del Meno).

En la medida en que el tipo “Estado constitucional” se construye en torno a esta protección se ennoblece. El que el Derecho Internacional haya dado señales en el mismo sentido, nos proporciona esperanzas, a pesar de que desde 1989, cuando pareció sonar la “hora mundial del Estado constitucional” parte del optimismo se evaporó dolorosamente.

## § 10

### LAS CIENCIAS (DEL DERECHO) COMO FORMA DE VIDA\*

#### INTRODUCCIÓN. PROBLEMÁTICA

Las “ciencias del Derecho como forma de vida” es un “viejo tema”, no exento de riesgo. La aventurada empresa va incluso más allá del riesgo ínsito a toda ciencia como búsqueda perenne de la verdad. Además, toda lección jubilar, cada vez más en primer plano hoy como género literario en Alemania, significa una clausura. Únicamente con esfuerzo se puede insuflar ánimo con la frase de Hermann HESSE: “Y a todo comienzo, es inherente un hechizo”. Mientras que la “lección inaugural” de la carrera académica, sistemáticamente destruida como forma de vida por la generación del 68 en las universidades alemanas; por ejemplo en Marburgo (1969/1970), hoy puede ser, nuevamente, resurgimiento, programa, enriquecimiento y esperanza —conocidamente, hay clásicos en esta categoría, por ejemplo: la conferencia de F. SCHILLER en Jena (1789): “¿Cuál es el significado y el propósito de estudiar Historia Universal?”, o el discurso de HESSE en Friburgo de Brisgovia sobre “La fuerza normativa de la Constitución” (1958)—,

---

\* Lección jubilar pronunciada el 12 de julio de 2002 en la Universidad de Bayreuth. Traducción del alemán de Joaquín Brage Camazano. Publicado en *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, julio-diciembre de 2002, N.º 5.

la lección jubilar tiene que ser de otra materia y otro espíritu. En el caso presente, nos encontramos con que el Coloquio internacional de despedida a mí dedicado y aceptado por mí con gratitud –con invitados también de Asia: los profesores HUH, HATAJIRI, INOUE; de América: los amigos VALADÉS, BELAUNDE y LANDA, así como de Suiza (E. KRAMER), de Italia (P. RIDOLA), de Francia (Sra. C. GREWE), de Grecia (K. CHRYSOGONOS)<sup>1</sup>– ha sido de tal nivel, que toda clausura duele, como si no existiera el contrato cultural intergeneracional entre los hombres de ciencia más viejos y los más jóvenes, por virtud del cual los que vienen del extranjero me apoyan, especialmente desde hace una década, así como mi seminario de Bayreuth (de 1981 a 2002).

Si hoy, *hic et nunc*, se acomete la tarea de dar una lección jubilar, ello debe ser también una pequeña contribución a la construcción comunitaria en, o a pesar de, la Universidad de masas. En este punto, las Universidades de los EE.UU. pueden operar como modelo. De igual modo que recientemente (en Bayreuth) hay, otra vez de nuevo, entregas festivas colectivas de los títulos de licenciado (el 2 de agosto debo participar en la organización de este acto con una conferencia) –una parte de la forma de vida universitaria (como ya hace mucho tiempo en Sankt Gallen)– y de igual modo que en ciertos lugares de los *Länder* alemanes, se hacen otra vez posibles las celebraciones colectivas de doctoramiento, también en Bayreuth (“pequeña, pero fina”) pueden servir las lecciones jubilaires para la construcción de la identidad [propia] –y conste aquí mi agradecimiento al Seminario de despedida que mi “otra” Universidad de 1981 hasta 1999, Sankt Gallen, me ha ofrecido en el semestre de verano del año 2001<sup>2</sup>.

Unas palabras sobre la *corporate identity* de la Universidad: se podría hablar de una “comunidad de pertenencia” de la universidad. La identidad de esta comunidad es cada vez más profunda ante la creciente economización del aparato científico: por ejemplo, por medio de la intensificación de una cultura de los alumnos (así, ejemplarmente, Sankt Gallen); vinculando

- 
1. Las ponencias se publicarán en *JöR* 52 (2004).
  2. Sobre ello, WIEDERKEHR, R., *20 Jahre Rechtsphilosophie an der Universität St. Gallen: Abschiedskolloquium vom 28. Juni 2001 für Peter HÄBERLE (Bayreuth/St. Gallen)* [Veinte años de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sankt Gallen: Coloquio de despedida del 28 de junio de 2001 ofrecido a Peter HÄBERLE (Bayreuth/Sankt Gallen)]: “Der europäische Jurist in weltbürgerlicher Absicht” (“El jurista europeo con ánimo de ciudadano del mundo”), en: *AJP/PJA* 9/2001, pp. 1126 y ss.; L. MICHAEL/M. KOTZUR, “Europa und seine Juristenkunst” (“Europa y su arte de juristas”), en: *DÖV* 2001, pp. 905 y ss. El discurso aparecerá como cuaderno autónomo de la colección de Escritos de Sankt Gallen sobre la Ciencia del Derecho, Vol. 1º, 2002.

infraestructuralmente a los eméritos que han contribuido ya a acuñar la impronta espiritual de la Universidad (entre nosotros, los juristas, los colegas W. SCHMITT GLAESER y W. GITTER); fortaleciendo las actividades estudiantiles; por medio de la idea de un *faculty club* interdisciplinario, proyectado en Bayreuth en 1998, pero hasta ahora malogrado. El Colegio de la Ciencia de Berlín, del que tuve oportunidad de ser *fellow* en 1992/93 (junto a la reunificación alemana, también a causa de “Weimar” y “Leipzig”, mi mayor dicha), trabaja, a su manera, totalmente única, en favor de la *corporate identity* de la ciencia misma — y ello por medio del intercambio interdisciplinario que día a día opera de nuevo.

### PRIMERA PARTE: LA CIENCIA COMO FORMA DE VIDA — INDIVIDUAL Y COLECTIVA (CON REFERENCIA A LA COMUNIDAD)

¿Qué significa la Ciencia y qué significa la “forma de vida”? Tómense en cuenta todas las ciencias, tanto las de la naturaleza como las de la cultura. Pueden dar buenos resultados como “forma de vida” y ser un ejemplo de una vida exitosa. En una época que entrega la ciencia al superfluo pensamiento utilitarista, económico ante todo; que arrincona a la investigación básica a largo plazo, absolutiza al *homo oeconomicus* y convierte al “mercado”, el ente desconocido, en *forum*, [en tal época] las ciencias de la naturaleza y las ciencias de la cultura han de ser objeto, con mayor razón, de la investigación básica universitaria, y además en la perspectiva a largo plazo. Desde luego, lo que GOETHE unió en su maravillosa máxima: “la naturaleza y el arte parecen rehuirse, pero se encuentran antes de lo que se cree”, no puede lograrlo con éxito un investigador individual en el aislamiento y la libertad ni en la mesa de despacho ni en el laboratorio ni en el seminario. Pero, no obstante, sí que *puede, debe* consagrarse a la ciencia como forma de vida, individualmente en la soledad, corporativamente en la cátedra, [consagrarse] a la Universidad en su conjunto, a la propia Facultad, vivir la unidad de investigación y teoría, todo ello en el sentido de W. VON HUMBOLDT. Se puede recordar el otro aforismo de GOETHE como guía: “quien tiene ciencia y arte, tiene religión; quién no las tiene, tenga religión”. No se rehuye el reproche del idealismo, de la “religión de la ciencia” o de la “religión del arte” — todo ello puede parecer, o ser, también una despedida. Entre paréntesis, unas palabras sobre la diferenciación de ciencia y arte. El arte no es falsable, el arte es totalidad, de un modo algunas veces “totalitario” (en todo caso, en R. Wagner); la ciencia sólo puede proporcionar verdades parciales provisionales. El arte no se *equivoca*; la ciencia, por el contrario, es proceso en el sentido de “ensayo y error” de POPPER. Se puede hablar

también de “obra de arte abierta”; la ciencia es específicamente abierta. De algún modo no debe tener compromisos y debe grabarse precisamente así en la “memoria cultural de Europa”.

En el modo de proceder estricto, conscientemente metódico, de la ciencia —aquí, más allá de las ciencias— habría que preguntarse, por de pronto, por las reglas, métodos, relaciones de responsabilidad, controles de resultados, formas de decisión de la ciencia, y sólo entonces analizar el símil de la “forma de vida”. *Hic et nunc*, pueden bastar algunas voces-guía para lo primero; lo segundo, acaso inusitado, la metáfora de la “forma de vida” hay que aclararlo más exactamente. “Ciencia” alude al texto clásico de W. VON HUMBOLDT, búsqueda incesante de la verdad, canonizado en Alemania por el TCFA [BVerfGE 35, 79 (113)\*].

Mediación intersubjetiva y revelación de la “precomprensión y elección del método”, son otras conocidas voces-guía. Muchos textos constitucionales, así como jurisprudencia, de antes y de ahora, dan lugar a ello. Además del viejo artículo 5.3 LF<sup>3</sup>, un texto constitucional de la Europa del Este, donde yo tuve oportunidad de colaborar en Polonia y Estonia, es especialmente sugestivo. La Constitución de Hungría (1989), sección 70 G, apartado 2, reza: “En cuestiones sobre la verdad científica y en la valoración de los resultados científicos de la investigación, la decisión corresponde

---

\* Aquí se hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en que se cita a Wilhelm VON HUMBOLDT en los siguientes términos: “Para que la investigación y la teoría se puedan dirigir sin trabas a la verdad como ‘algo nunca hallado del todo y nunca a descubrir del todo’ (Wilhelm vom Humboldt), la ciencia es declarada como un ámbito de responsabilidad personal y autónoma del científico individual, libre de la determinación ajena por parte del Estado”. Aunque la sentencia no cita más que el nombre de v. Humboldt y no la obra, parece que la referencia lo es a su famoso homenaje “Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin” (“Sobre la organización interna y externa de los centros científicos superiores en Berlín”, 1810) en el que sujeta a las Universidades al principio de “considerar a la ciencia algo nunca hallado del todo y nunca a descubrir del todo” (cursiva nuestra). Debe tenerse presente que la tesis defendida por dicho autor en este trabajo tuvo una importante repercusión en la fundación de la Universidad de Berlín y también en la autonomía universitaria: la universidad debe cultivar la ciencia en el más profundo y amplio sentido de la palabra, y además la ciencia no es un sistema de verdades inmutables (lo que hace imprescindible la investigación constante), conviene mantener separadas las escuelas prácticas de los “centros científicos superiores”, y el papel respecto a las Universidades debe limitarse a proporcionarles una “absoluta y perfecta libertad para realizar sus trabajos”, dado que “su injerencia es siempre entorpecedora”. El texto castellano del trabajo de v. Humboldt, que no se ha manejado, puede verse en AA VV, *La idea de la universidad en Alemania*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1959, pp. 209-220. (Nota del traductor).

3. De la literatura véase GRIMM, D., FAZ del 11. Febr. 2002, pp. 48: “Die Wissenschaft setzt ihre Autonomie aufs Spiel” (“La ciencia pone su autonomía en juego”).

exclusivamente a los versados en esta ciencia". La autocomprensión del científico es un elemento constitutivo de la categoría "ciencia" y de las personas a ella vinculadas y "llamadas" con un golpe de fortuna. Mi contribución a un homenaje en relación con la Universidad de habla alemana en Budapest<sup>4</sup> (2000) ha tratado sobre ello.

Otros elementos en el sentido del paradigma de los niveles textuales, enriquecen el cuadro de conjunto de la autonomía de la ciencia: por ejemplo, el artículo 76.2 de la Constitución de Portugal (voz-guía: autonomía totalmente general, sin perjuicio de una valoración adecuada de la calidad docente). Por citar un momento casi autobiográfico: en Marburgo dimos la batalla hasta conseguir la sentencia [*BverfGE* 47, 327] contra la funesta Ley de Escuelas Superiores de HESSE y su artículo 6. Como, en principio, no podía sobrevalorarse la primera sentencia sobre las Escuelas Superiores de 1973 [E 35, 79] en su significación salvadora, quizás era pronto para esperar una nueva decisión desde Karlsruhe: en interés del mantenimiento de la habilitación como alternativa, también de una forma de vida, en todo caso en las disciplinas de las ciencias de la cultura (argumento: infracción del artículo 5.3 LF y del mandato de homogeneidad del grupo de los profesores de Escuelas Superiores). La relación de la legitimación por medio de la ciencia y la legitimación democrática era, por lo demás, un típico viejo tema. ¡La ciencia no emana del pueblo!

Con ello llegamos a la "forma de vida". ¿No exigimos demasiado de la ciencia cuando la estilizamos como la "forma de vida"? ¿No le damos con ello demasiado, no dejamos algo de lado las otras formas de vida de hoy, a la familia, a la amistad y a la pareja, al lugar de trabajo? Con la frase "ciencia como forma de vida", a mi juicio, no se promete ni exige demasiado. La profesión del científico es limítrofe con la vocación del artista, una "profesión originaria" –como la teología, la medicina o, pasada de moda, la agricultura, así como la pedagogía–. Desde luego, es dolorosa la opinión del clásico H. NOHL de que la relación pedagógica está determinada desde su comienzo a su disolución. La profesión del científico exige el empleo de la personalidad en su conjunto (pedagógicamente, la función ejemplarizante) y un bono de confianza, al deber conducirse ahora con bastante esfuerzo por comisiones de ética. Adoptando un giro literario, se puede hablar de "estricta fortuna". A tal "estricta fortuna" le corresponde también alguna ambivalencia: quien en la ciencia emprende alguna vez algo nuevo –y ello le es propio–, con frecuencia es primero vehementemente criticado, y luego plagiado. A mí me ha sucedido tal cosa: primero con la

---

4. Publicado en *FS Druey* (Homenaje a Druey), 2002, pp. 115 y ss.

teoría de la necesidad de conformación de los derechos fundamentales (1962), luego con la tutela de los derechos fundamentales a través del proceso (1971) así como los derechos fundamentales como tareas del Estado; con el Derecho constitucional común europeo (1983/1991), con el "Estado constitucional cooperativo" (1978), con la "cultura de los derechos fundamentales" (1979), con la "cultura constitucional" y la "cultura administrativa" (1982/1994), así como con la comparación jurídica como comparación cultural (1983). Posibles temas objeto de plagio podrían y deberían ser en el futuro: el "Derecho constitucional nacional de Europa" (1997) o la tipología de la recepción (desde 1992). Es cierto que quizás en ello, visto ampliamente y con hondura, no haya una "propiedad espiritual" del individuo. ¡Todo se debe a todos!

Es seguro, a mi juicio, que la ciencia sólo puede salir bien parada a distancia de los poderes políticos y económicos —de ahí también mi escepticismo o rechazo, tempranamente formulado y persistentemente mantenido, frente a toda actividad dictaminadora. El dictamen induce a la corrupción inconsciente, más todavía en las ciencias jurídicas. Podrían mencionarse ejemplos de ello, pero es preferible evitarlos<sup>5</sup>. Es especialmente obligado el distanciamiento de los partidos políticos, si bien no se debe ser un crítico de los partidos al modo de un colega de Speyer\*\*.

De igual modo que es irrenunciable un mínimo de ascética para la ciencia (en la "fortuna" del artista puede ello ser de otra manera), la ciencia tiene que ir distanciada del poder y no tiene que dejarse enredar en los Consejos nacionales de ética, cuestionables también desde el punto de vista democrático. Especialmente para la ciencia del Derecho, son irrenunciables la pluralidad y la sensibilidad frente a los "otros". En concreto, como editor se debe dar voz también a otras direcciones y "Escuelas", lo que yo he observado escrupulosamente en el marco del *Jahrbuch des öffentlichen Rechts des Gegenwart* [Anuario del Derecho público del presente] (desde 1983) y en el *Archiv für öffentliches Rechts* [Archivo de Derecho Público] (desde 1967). También debe ser un principio importante la tolerancia frente a los propios discípulos: cuando más crece el discípulo en su biografía, tanto más se debe, como maestro, soltar las riendas. La destrucción sistemática de las relacio-

5. Sobre el problema, HÄBERLE, P., *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft* (Ciencia del Derecho constitucional recensionado), 1982, pp. 15 y ss.

\*\* Parece referirse el autor al Dr. Hans I Herbert von Arnim, Catedrático de Derecho público, en especial de Derecho local y presupuestario, de la Escuela Superior alemana de Ciencias de la Administración de Speyer (*Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*) y autor de varios libros muy vendidos, extremadamente críticos con los partidos. (Nota del traductor).

nes maestro-discípulo de todo tipo a través de la introducción del “profesor júnior” no puede, desde luego, ser nunca suficientemente criticada.

Al ascetismo corresponde también la prudencia frente al creciente turismo de congresos o “circo ambulante” (“*Wanderzirkus*”) (¡incluso durante el semestre [académico]!). Se podría hablar también de arenas movedizas” (“*Wanderdüne*”), de las que es sabido que no queda nada. Justamente, es obligada la capacidad de resistir a un micrófono, a una entrevista telefónica o a la cámara de la televisión y, con ello, a la publicidad, en especial en Alemania, frecuentemente histérica, y a ello corresponde incluso participar sólo tan raras veces como sea posible, si es que alguna vez, en *talkshows*. Otra cosa sería la emisión por mí reclamada a mediados de 2001 para hacer comprensibles las cuestiones constitucionales según el modelo del “cuarteto literario” (M. Reich-Ranicki)<sup>\*\*\*</sup> o las tempranas emisiones de Justus Franz<sup>\*\*\*\*</sup> (“*Achtung Klassik*”)<sup>6</sup>. Finalmente, hay que evitar toda clase de diletantismo.

Permítaseme, orientado por este *monitum*, un paréntesis sobre el tema del fútbol, así sea sólo *cum grano salis*, pero, eso sí, con un granito de seriedad científica. El fútbol, por supuesto comercial, que es deporte popular y medio de intercomunicación popular, contribuye bastante, a su manera, a descubrir la identidad nacional y a la opinión pública (*Öffentlichkeit*) mundial – no se debe sobreelevar al balón, míticamente, igual que una metáfora para el globo [terráqueo] (fútbol como “mito *global*”). Es ciertamente in-

---

<sup>\*\*\*</sup> El “Cuarteto literario” es un programa de televisión de libros emitido por el citado Reich Ranicki de gran audiencia, muy popular y emitido en horas de máxima audiencia, hecho extraño para un programa cultural de este tipo y que se emite seis veces por año durante 75 minutos sin cortes de publicidad. Es muy conocido y se le reconoce el gran papel que juega en Alemania en el fomento de la lectura y con gran incidencia en la venta de libros en un país con un muy elevado índice de lectura. Por ejemplo, ha contribuido a encumbrar en Alemania al escritor español Javier Marías, con un juicio espléndido de su obra y al que calificó como “uno de los mejores escritores vivos del mundo”, autor de verdaderas obras de arte literarias. El pasado 14 de diciembre de 2001, el Sr. Reich-Ranicki, personaje de gran popularidad en Alemania, de 81 años, se despidió de la audiencia. Sobre él, en castellano, puede verse Fernando ARAMBURU, “El poder de la literatura”, periódico El Mundo, Madrid, 27-XII-01. (Nota del traductor).

<sup>\*\*\*\*</sup> Moderador del programa “¡Atención, clásicos!”, programa de música clásica de la televisión alemana, y que ha contribuido en gran medida a la divulgación y “popularización” de la música clásica entre el público alemán, alcanzando igualmente una muy alta audiencia, inusitada para programas culturales de este tipo. Es también un personaje conocido y apreciado en el país teutón. (Nota del traductor).

6. HÄBERLE, P., “Das Verständnis des Rechts als Problem des Verfassungsstaates” (“La concepción del Derecho como problema del Estado constitucional”), in: *Rechtshist. Journal* 20, 2001, pp. 601 y ss.; sobre ello, también, FAZ del 28. Nov. 2001, pp. N 5: “Letzte Bisse” (“último mordisco”).

quietante cuánto se transmuta la política en aprovechada (*Trittbrettfahrer*) del éxito deportivo y pretende instrumentalizar la “opinión pública cultural” del deporte a sus fines<sup>7</sup>. Debido a ella, se olvida incluso que “estar presente allí es todo” no basta para las elecciones federales (palabra clave: “prolongación de la política con otros medios”). Con ello, vuelve mi tema vital, la jurisprudencia...

Todo científico debe ser sensible a los nuevos ámbitos jurídicos, por ejemplo: el Derecho del medio ambiente o de los medios de comunicación. También en estos ámbitos debe realizar contribuciones pioneras (por ejemplo, inventando nuevas “palabras-señal”) y dejar luego todo lo demás, confiadamente, a la literatura secundaria y terciaria, bien abundante en Alemania, y callar; pero se debería evitar el colocarse precipitadamente en ámbitos jurídicos extraños que estén de moda. Así como yo he abordado el Derecho municipal sólo en el trabajo “Política cultural en la ciudad” (1979), por ejemplo, con el entonces novedoso concepto “Derecho constitucional municipal de la cultura”, pero todo lo demás se lo dejé a los colegas, por ejemplo, de Würzburg (sólo en la enseñanza abordé yo, de vez en cuando, el Derecho municipal bávaro). Con ello, estamos ya en la segunda parte, la de las ciencias del Derecho en plural.

## SEGUNDA PARTE: LAS CIENCIAS DEL DERECHO EN PLURAL

### I. TEORÍA Y PRAXIS

A las ciencias del Derecho –aquí concebidas desde el principio en *plural* a causa de su apertura histórica y al desarrollo (piénsese en nuevos ámbitos como el Derecho de la medicina, el Derecho informático, el Derecho de internet y el Derecho de la información)– habría que abordarlas en el tiempo y en el espacio, como las dos dimensiones que forman una unidad, histórico-jurídica y juscomparativamente de manera simultánea. Sería un tema singular investigar las condiciones de creación de tales nuevas disciplinas parciales. *Hic et nunc* son sólo posibles algunas voces-guía: su objetivo (el de la ciencia jurídica) es la búsqueda, con moderado optimismo, de la verdad y la justicia, tanto más desde la hora mundial o el momento estelar de 1989, extendiéndose desde el Derecho constitucional comparado

---

7. Citado por FAZ del 8. Juli 2002, pp. 38: “Dichter mögen den Fußball nicht mehr” (“A los poetas ya no les gusta el fútbol”).

hasta la comunidad mundial de Estados constitucionales (las consecuencias del *annus horribilis* de septiembre de 2001, no hay que valorarlas todavía). Las ciencias del Derecho son ciencias de la cultura – mi programa de 1982–; se inspiran en textos clásicos que van desde ARISTÓTELES a H. JONAS (cfr. simplemente el artículo 20 a LF) y tienen su concreta sustancia jurídica en el Derecho vigente, llamado positivo; tanto menos pueden hoy operar sólo a nivel nacional, cuando tienen fuerza universal y tareas a lo largo del mundo, con toda la individualidad de lo especial de una cultura jurídica. Las ciencias del Derecho tienen un amplio objeto: desde la dura dogmática como “pan negro” (con tareas limitadas de sistematización que crean, sobre todo, seguridad jurídica), desde la “jurisprudencia constitucional comentada” (1979) y la “ciencia del Derecho constitucional recensionado” (1982) hasta la política jurídica o constitucional, pasando por los marcos teóricos como “pan blanco”; son posibles y obligadas las referencias a la “jurisprudencia clásica”. La hoy constatable comunidad de producción y recepción a lo largo y ancho del mundo en el campo del Estado constitucional, confirma la idea de la sociedad mundial abierta de los constituyentes e intérpretes de la Constitución. En especial en Europa, ya no hay ningún Derecho del Estado nacional (muchos autores no han percibido esto todavía, tampoco hay ya un Derecho nacional de policía), la “europeización interna” es sumamente intensiva, los países (*Länder*) de la UE ya no son el “extranjero” (*Ausland*) unos respecto de los otros, sino “países amigos” (*Freundesland*), internos (*Inland*). Todos los conceptos desarrollados dentro de los Estados nacionales, deben someterse al banco de pruebas de una teoría constitucional europea<sup>8</sup>. Estas voces-guía recuerdan mucho lo que era, para mí, programa pleno de esperanza, con frecuencia todavía lo es y lo que en el futuro podría ser – no se trata de una lección de despedida, quizás en el espíritu del Rossini\* compositor de óperas, algunas veces próximo a Mozart... es sabido que se dedicó a la cocina... (lo que, sin embargo, yo no sé hacer).

Las ciencias del Derecho como ciencias relacionadas con la Constitución tienen igualmente “autonomía” frente a cualquier Constitución positiva: la sabiduría (propia) del Derecho privado, no sólo desde Bolonia, el “viejo” Derecho internacional, incluso el Derecho penal, viven bajo el “tejado” de la Constitución (hoy también la de Europa), pero también le proporcionan innovación, sustancia, figuras, dogmática. La “primacía de la Constitución”

---

8. Sobre ello, mi ensayo: *Europäische Verfassungslehre*, 2001/2002.

\* Rossini se retiró voluntariamente a los treinta y siete años de la escena en plena cumbre de su carrera y terminó como un consagrado chef en el París de finales del siglo XIX, muriendo a los setenta y seis años después de su retiro. (Nota del traductor).

no puede desconocerse. Lo que distingue a las ciencias del Derecho de sus hermanas, la Filosofía y la ciencia de la Historia, es su específica relación con la *praxis*: son reclamadas en el caso, vinculadas al contexto de la ley, deben luchar por su aceptación, por ejemplo a través de la transparencia y su carácter público. La altura abstracta de la teoría debe poder acreditarse en los detalles en el caso concreto. No valen los subterfugios; el “en sí y por sí” no es una coartada para los juristas. Con ello se abre la mirada al apartado II: los tipos profesionales.

## II. TIPOS PROFESIONALES

Una lección jubilar puede representar tipos profesionales de los juristas (como ello sucede siempre en las lecciones inaugurales, encantado también en reuniones ELSA\*\*).

Su variedad es, hoy como ayer, un atributo. También en la controversia sobre las reglamentaciones de la formación [profesional] debería lucharse por los juristas como “generalistas”. El juez ponderador, el abogado litigante, el flexible Letrado de la Administración, el laborioso y sensible profesor: éstas son formas de vida cuando se reflexiona y vive con la medida indispensable de idealismo y entusiasmo. El consejero jurídico puede ser irrenunciable en la vida política del día a día, bien que raras veces suficientemente efectivo: yo me mantengo en mi rechazo teórico, persistentemente observado en la práctica, y reafirmado cada vez más desde 1982, del profesor de Derecho Público como dictaminador. El dictaminador se corrompe, al menos, inconscientemente; el dictamen encargado vinculado al resultado es la bancarrota de los juristas como científicos, si bien se reconoce que los dictámenes tienen algo positivo: obligan a descubrir prematuramente a partir de la *praxis* nuevos problemas, pero, con intuición, ello puede también suceder de manera anticipada “en la cabeza”.

En Suiza es muy distinto; la disposición a escribir un dictamen para el cantón o para la Confederación Helvética, pertenece para el profesor de allí al noble *officium* —de todos modos, en Sankt Gallen, como alemán, se me invitó a dictar la conferencia de apertura para la primera reunión principal de la Asamblea constituyente en el cantón (1998)<sup>9</sup>. La verdad es que la

---

\*\* ELSA parece ser la European League of Stuttering Associations (Liga europea de asociaciones de tartamudos). (Nota del traductor).

9. *JöR* 47 (1999), pp. 149 y ss.: “Die Kunst der kantonalen Verfassunggebung — das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen (1998)” [“El arte de la legislación constituyente cantonal — el ejemplo de una revisión total en Sankt Gallen (1998)"].

actividad a título honorífico por ocho años como dictaminador profesional de la DFG\*\*\* aquí, entre nosotros (cada semana un dictamen), tuvo peso en la vida cotidiana profesional.

Ustedes se preguntarán por el dónde y el cómo de la “forma de vida”: ahora, también aquí se busca consejo en un texto clásico, en este caso de F.C. VON SAVIGNY, según el cual el Derecho es la vida misma de los hombres vista desde un “aspecto especial”. Que el legislador alemán pretende destruir una forma de vida jurídica, pero ojalá no pueda, lo muestra la supresión fáctica de la habilitación (2001/2002). En todo caso, en las ciencias culturales lleva ella al “segundo”, y con frecuencia, último libro: el escrito de habilitación; crea, a nivel de facultad, una comunidad de docentes y discentes, como nosotros hemos podido recientemente (2002) experimentar en los más jóvenes docentes privados, L. MICHAEL y M. KOTZUR. Muchos colegas no alcanzan por desgracia ya hoy a un “tercer libro”, más allá de la literatura de comentarios y manuales. La desafortunada figura del “profesor junior” destruye la clásica relación maestro-discípulo, sin la que yo, por ejemplo, no me hubiese podido desarrollar. Algunos doctorandos muy interesados en sus temas fueron igualmente una alegría: desde la “ejecución penal iusfundamental” (1979) hasta la “legalidad y la realidad económica” (2000), desde el “regionalismo transfronterizo” (Sankt Gallen 1993) hasta el “derecho al trabajo en Japón” (1994) —sería útil un estudio específicamente sociológico-científico sobre la amplitud de los temas adjudicados por el “padre doctoral” a lo largo del tiempo.

Pero también vemos cosas positivas en Europa. La tesis de las ciencias jurídicas “como forma de vida” se confirma hoy en el tipo profesional en desarrollo de los “juristas europeos”. Los concretos requisitos para ello, su tipo profesional, me los he ganado yo desde hace muchos años<sup>10</sup>, con moderado éxito hasta ahora. Aquí (destáquese) solamente la nueva concepción de que el jurista europeo, como también el Derecho europeo en el estricto sentido de la UE y en el amplio sentido del Consejo de Europa y de la OCDE, viene a expresar una específica autoridad del Derecho apenas a superar y hasta ahora no analizada a fondo, del Derecho en el contexto europeo. Cabe quejarse sobre el exceso de normas jurídicas y técnicas em-

---

\*\*\* La referencia parece serlo a la Deutschen Forschungsgemeinschaft o Comunidad alemana de investigación, sobre la que puede obtenerse información en la página web <http://www.dfg.de>. (Nota del traductor).

10. Cfr. Últimamente, *Europäische Rechtskultur* [Cultura jurídica europea], 1994; “Der europäische Jurist” [“El jurista europeo”], in: *JöR* 50 (2002), pp. 123 y ss.; *Europäische Verfassungslehre* [Teor., 2001/2002, pp. 142 y ss.

pleadas “desde Bruselas”: el Derecho (constitucional) es, en los principios y en los fundamentos, de enorme y pasmosa [capacidad de] legitimación y fuerza integradora. El CEDH y la sustancia del Derecho constitucional de la UE, por ejemplo, hacen, construyen y funda(menta)n [(be)gründen] Europa.

## EN ESPECIAL: LA TEORÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL HOY

Una debilidad de este bosquejo puede ser que está pensado con demasiado acento desde el Derecho constitucional. Pero fue mi tarea vital, hoy extendida e intensificada en Europa a través de lo “europeo-comunitario” – también para otras regiones del mundo se cuestionan ya las analogías: “Derecho constitucional islámico comunitario” (así, E. MIKUNDA, Sevilla, lo último en *JöR* 51 (2003, en prensa) y se esperan desarrollos jurídicos “asiático-comunitarios” (por ejemplo, desde Japón y Corea del Sur). El Derecho americano comunitario es un tema singular, por ejemplo a la vista de la DADH y su carácter público (*Öffentlichkeit*). Así, habría seguramente que escribir y leer mi lección jubilar modificada también desde los sectores parciales del Derecho. Habrá todavía, ciertamente, otros discursos jubilares de colegas locales, incluso por parte de mis discípulos en una década multiplicada por años.

Permítanseme unas palabras, por último, sobre la forma de la clase. La ideal es, y sigue siendo, para mí, el concepto de Seminario desarrollado desde 1969: participantes en todos los semestres o promociones, desde estudiantes en su tercer semestre hasta habilitandos; continuidad a lo largo de muchos años; ningún seminario en bloque porque en ellos no surge ninguna forma de comunidad; temas de todo el espectro de los Derechos constitucionales nacionales, pasando desde el Derecho administrativo hasta la Filosofía del Derecho, el Derecho constitucional de la religión y el Derecho europeo, la comparación jurídica y la Historia del Derecho, en todas las formas o géneros literarios, por ejemplo: recensiones de sentencias, ensayos sobre los fundamentos, monografías o casos de la vida política diaria. Ha sido, para mí, una gran suerte que, desde 1990, cada vez más participen en Bayreuth invitados del extranjero, estudiantes y profesores, últimamente los doctores Azpitarte Sánchez (Granada) y López Bofill (Barcelona). Los seminarios de fin de semana complementarios en Dörnberg (Hesse) y desde Augsburg en Herrsching (a orillas del lago Ammersee) serán todavía recordados por los más viejos de entre mis discípulos. También corresponde a las “fiestas jurídicas” el arte, por ejemplo, de sostener

las funciones musicales o parodias, que se debe aprender a recibir cada vez más benévolutamente. Los seminarios, en el caso ideal, echan literalmente el gancho a la personalidad en su conjunto de nosotros, los juristas, si bien sólo por un tiempo.

Ustedes, respetables damas y caballeros, esperarán unas palabras sobre las Escuelas de Derecho que se desarrollan en Alemania (por ejemplo, la *Bucerius Law School*) en las que ya no se enseña en la lengua de LUTERO, KANT y GOETHE: debo reflexionar todavía sobre ello; actualmente teniendo yo, más bien, a la crítica. Todavía una provocación más: soy partidario, en tanto haya suficientes becas, de proveer de los recursos financieros para crear infraestructura también a través de moderadas tarifas de estudios de las universidades estatales (obsérvese que el maestro artesano también debe abonar de su propio bolsillo, una cantidad de dinero no insignificante para su "curso de maestría"). Por lo demás, se trata únicamente de competencias de los Länder alemanes. ¡Qué contento estaría yo de dar una lección de primer semestre por una sola vez más y ello, por lo menos, a tres personas!: 1) al ejerciente Canciller federal, G. Schröder (contra su palabra-clave inconstitucional: "una ley para todos los escolares"\*\*\*\*); 2) al señor M. Naumann [ex ministro de cultura: N. del T.] (palabra-clave: altura cultural de los Länder como "folklore constitucional"); 3) y por último a una cortesana de Berlín: la Ministra de Estado de cultura Nida-Rümelin, que ni hubiese podido existir en Siracusa, ni hace un buen papel en Berlín\*\*\*\*\*.

---

\*\*\*\* A resultados del informe internacional PISA (*Programm for International Student Assessment*) elaborado por la OCDE, el Canciller Federal Sr. Schröder criticó enérgicamente el hecho de que el sistema alemán de enseñanza pivotase sobre la Conferencia de Ministros de los Länder de cultura y defendió la necesidad de "ein Gesetz für alle Schulen" ("una ley para todas las escuelas") a nivel de toda la federación, por considerar el sistema actual, descentralizado y sin una ley marco común con un estándar educativo-formativo vinculante para todas las escuelas alemanas, como absurdo y costoso; y que tal sistema ha conducido a que un país líder económico en el mundo como Alemania ocupe, sin embargo, en cuanto a formación se refiere, sólo un puesto por debajo de la media entre los países de la OCDE y no esté, pues, a la cabeza como correspondería a su posición política y económica. El artículo que escribí sobre este tema el Canciller Schröder y destapó la caja de truenos, hasta hoy, fue publicado en el semanario *Die Zeit* (27/2002) con el título "Ein Gesetz für alle Schule. Pisa und die Konsequenzen für das deutsche Schulsystem" ("Una ley para todas las escuelas. Pisa y las consecuencias para el sistema alemán de enseñanza").

\*\*\*\*\* Aclárese, para entender el lector no alemán el texto, que la referencia parece explicarse, porque el señor (ex)Ministro citado ha sido, hasta ahora, el primer Ministro federal filósofo (y titular de la primera Cátedra de Bioética de Alemania) y la referencia a Siracusa parece aludir al hecho de que allí el gran filósofo Platón hizo (malogrados) experimentos, por decirlo brevemente, de "asesoramiento político" al tirano Dionisio I y su hijo, tratando de construir un Estado ideal. (Nota del traductor).

## PANORAMA Y CONCLUSIÓN

El panorama y la conclusión en esta lección jubilar se limitan a las palabras de agradecimiento: a mi maestro, Dr. Konrad HESSE, que, junto a su esposa, nos ha concedido el gran honor de estar hoy aquí; a los amigos extranjeros, que me han demostrado desde hace exactamente doce años por qué ARISTÓTELES tiene razón con su canto a la amistad<sup>\*\*\*\*\*</sup>, más en el contexto europeo. Las amistades científicas con extranjeros<sup>11</sup> me han hecho feliz, especialmente en los últimos años, a veces también me han inspirado; desarrollan alicientes específicos: ¿mis amigos y discípulos extranjeros no me han decepcionado nunca! ¿Cuál es el estímulo especial? Ambos participantes se sienten como embajadores culturales de su país y están abiertos de modo específico a un intercambio intensivo que ya pronto se manifiesta a través del “tono de la conversación” – todo ello aparte de las estructuras de poder y las relaciones de competencia de la correspondiente comunidad nacional de científicos. Más aún: el “no sólo... sino también” de la diferencia y la comunión de la cultura enriquece. Por lo demás, Suiza sigue siendo mi “primer amor”, Italia el “eterno” y España el “último”. Al respecto es, también, de la mayor honra que me llegue en este mismo instante un telegrama de felicitación del Presidente de la Asociación de Profesores Italianos de Derecho constitucional, S. Panunzio, en el que me define como modelo del “jurista constitucional europeo”.

Por último, haré mención de mis siete discípulos, que, cada uno a su modo, se han “emancipado” de mí, naturalmente hace ya largo tiempo (es decir, en Derecho del Este, Derecho de la ciencia, Derecho del medio ambiente y Derecho de los medios, Derecho de los partidos y Derecho europeo). Me he alegrado especialmente en los últimos tiempos por los docentes privados los Sres. L. Michael y M. Kotzur, también por el Sr. Wiederkehr (de Basilea); sin ellos (en especial, sin el Sr. Kotzur), el presente Coloquio no se hubiese podido organizar. No en último término vaya aquí mi agradecimiento a mis estudiantes – los que conozco como los que no conozco –: he enseñado con mucho gusto. La Facultad de Bayreuth me ha apoyado (*tragen*) desde hace unos veinte años; en algún aspecto también me ha “soportado” (*ertragen*). Consten las gracias al Rector Sr. H. Ruppert y al Sr.

---

\*\*\*\*\* La referencia ha de entenderse hecha a la obra de Aristóteles *Ética a Nicómaco*, Libro octavo, *in toto*. (Nota del traductor).

11. Documentado en: FLEINER, T. (ed.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft* (La sociedad multicultural y multi-étnica), 1995; M. MORLOK (ed.), *Die Welt des Verfassungsstaates* (El mundo del Estado constitucional), 2001.

Secretario General Dr. E. Beck, también en el ámbito del Instituto de Investigación de Derecho constitucional europeo, al Decano P. Oberender y, no en último lugar, a mis colegas en la Facultad bayreuthiana. Finalmente, las gracias valen también para mi editor en Berlín, tan leal desde hace muchos años, Prof. N. Simon<sup>12</sup> y para el editor del Anuario a mí vinculado personalmente, Dr. *honoris causa* G. Siebeck, de Tubinga; gracias al profesor Balaguer Callejón, que me concedió en 1999 el honor de un Congreso en dos partes en Granada y hoy ha representado, de manera impresionante, a su “nueva Escuela de Granada”; gracias a D. Tsatsos, que planea un Congreso en mi honor en Grecia en febrero de 2003.

Esta despedida emana quizás un cierto “hechizo”, aunque el comienzo lo tuvo también—ello es incierto... También aquí puede servir de criterio orientador la “confianza escéptica” de K. HESSE, formulada hace siete años<sup>13</sup>. Este intento de mi lección jubilar ha tenido, desde luego, una doble dimensión: ha sido en parte conocimiento (*erkenntnishaft*) y en parte profesión de fe (*bekanntnishaft*).

---

12. A su cuidado e inmediatamente editado por W. Graf Vitzthum, el tomo: *Kleine Schriften*, 2002.

13. *Cfr.*, HESSE, K., “Skepsis und Zuversicht – Zu Ernst Bendas 70. Geburtstag” (“Escepticismo y confianza – con ocasión del septuagésimo cumpleaños de Ernst Benda”), in: *FS Benda* (Homenaje a Benda), 1995, pp. 1 y ss.