

## PROBLEMAS ACTUALES DEL FEDERALISMO

I. Problema y situación actual . . . . .	1
II. El desarrollo alemán del Estado federal en el espejo de los niveles textuales jurídico-constitucionales, así como de textos clásicos antiguos y modernos . . . . .	6
1. Niveles textuales como vías de desarrollo del Estado constitucional . . . . .	6
2. Elementos de un inventario del desarrollo del Estado federal en Alemania . . . . .	11
3. Apéndice I: En particular, el derecho constitucional “común” en el Estado federal . . . . .	16
4. Apéndice II: El Tratado alemán de Unificación de 1990 como nueva etapa de desarrollo del Estado federal: nuevo derecho constitucional cultural . . . . .	25
III. Una propuesta teórica: una concepción “mixta”, científico-cultural del Estado federal . . . . .	34
1. Tareas y límites de los modelos teóricos científicos en el marco de la teoría constitucional . . . . .	34
2. Una teoría mixta del Estado federal . . . . .	35
3. La concepción científico-cultural del Estado federal . . . . .	39
IV. Problemas políticos del Estado federal en la Alemania unida de hoy . . . . .	45
1. El “milagro” del renacimiento de los <i>Länder</i> germano-orientales en relación con sus proyectos constitucionales y Constituciones . . . . .	46

2. ¿Una nueva articulación territorial de una Alemania unida? . . . . .	63
3. ¿Una cláusula del Estado cultural a insertar en la Ley Fundamental de la Alemania unificada? . . . . .	67
4. ¿La inserción en la Ley Fundamental de una regulación que proteja a grupos étnicos, sobre la base del modelo del artículo serbio (artículo sobre la minoría serbia)? . . . . .	70
5. Perspectivas y conclusiones: ¿puede el federalismo alemán ser un ejemplo limitado para el regionalismo italiano? . . . . .	74

## PROBLEMAS ACTUALES DEL FEDERALISMO\*

### I. PROBLEMA Y SITUACIÓN ACTUAL

La fuerza de atracción del modelo “Estado federal” está hoy extendida en casi todo el mundo: el primer Estado federal, creado en los Estados Unidos de Norteamérica en 1787 por virtud de los “*Federalist Papers*”, fue seguido por Suiza en 1848; la Constitución alemana de la Iglesia de San Pablo (1849) se quedó lamentablemente en el papel, aunque el Imperio de Bismarck de 1871 se constituyó como Estado federal (antes, la Federación Alemana del Norte, 1867).

Si regresamos de aquel entonces al momento presente, recordemos, así, simplemente otros ejemplos de Estados federales como México o Brasil, Canadá o Australia, también la India; y, al respecto, es de destacar lo siguiente: el actual rumbo en la Europa del Este proporciona una nueva actualidad a la idea del Estado federal. Así, la transformación de la URSS en un Estado federal *real* podría ser el “contenedor” ideal para la pluralidad de sus nacionalidades (si no es demasiado tarde para ello); Checoslova-

\* Conferencia pronunciada el 20 de marzo de 1991 por el autor, durante su estancia como profesor visitante en la Universidad de Roma “La Sapienza”, en la Universidad de Roma “Tor Vergata”.

Este trabajo se publicó originariamente en alemán *Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, t. 24, fascículo 2, 1991, pp. 169 y ss., y en inglés en D’Atena, A. (ed.), *Federalism and Regionalism in Europe*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1998. Para elaborar la siguiente traducción se ha empleado básicamente la versión inglesa, si bien en algunos pasajes se ha seguido la versión original alemana, que también se ha contrastado en casi toda la traducción.

quia se mantiene unida desde luego sólo como Estado federal; y así, el Estado formado de muchos pueblos que es Yugoslavia debería tener éxito en crear un Estado federal “equilibrado” en lugar de un Estado unitario encubierto o de una Confederación cerrada.

Si miramos a Europa occidental, se nos presenta esta imagen: Bélgica sobrevive como nación exclusivamente debido a su estructura federal y a su Monarquía. El regionalismo adquiere un fuerte impulso en varios Estados unitarios. Especialmente en España, podría transformarse en una “prefiguración” del Estado federal, mientras que Estados unitarios clásicos, como Francia e Italia, también Gran Bretaña, han creado igualmente regiones, aunque no es apenas de esperar que pronto se robustezcan como estructuras federales.

Al respecto hay que diferenciar entre dos formas de regionalismo: entre la “intraestatal”, por un lado, y la “trasfronteriza”, de otro lado. Ejemplo de ello es, así, la “Arge Alp” (comunidad de trabajo de los países alpinos, a la que pertenecen, entre otras, Saint Gallen, Baviera, Vorarlberg y el Tirol del Sur) o, recientemente, la propuesta para la creación de la región de Basilea a partir de una región en el territorio fronterizo entre Bohemia, Sajonia y Baviera.<sup>1</sup>

Ambas formas, el Estado federal y el regionalismo, adquieren fuerza de empuje en la expresión “Europa de las Regiones”. Los participantes de la destacada Conferencia sobre la “Europa de las Regiones”, los días 18 y 19 de octubre de 1989 en Múnich, han aprobado el siguiente texto:

<sup>1</sup> “Ein Modell für die Zusammenarbeit in Mitteleuropa”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 3, del 10 de diciembre de 1990.

Literatura sobre la materia del federalismo: Stammen, “Das Phänomen des europäischen Regionalismus”, en Kremer (ed.), *Die Landesparlamente im Spannungsfeld zwischen europäische Integration und europäischen Regionalismus*, 1988, pp. 163 y ss.; *Regionalismus in Europa*, vol. I, 1978, publicado por el *Internationales Institut für Nationalitätenrecht und Regionalismus*.

La riqueza de Europa es la pluralidad de sus pueblos y grupos étnicos, de sus culturas y lenguas, naciones, historia y tradiciones, *Länder*, regiones y Comunidades autónomas...

La subsidiariedad y el federalismo deben ser los principios arquitectónicos de Europa: la unidad mayor no puede nunca asumir tareas que puede realizar satisfactoriamente la unidad más pequeña... La futura Unión Europea debería dividirse en tres niveles: Comunidades Europeas, Estados miembros, *Länder* o regiones o Comunidades Autónomas...

A los *Länder*, Regiones y Comunidades Autónomas hay que concederles una legitimación activa propia ante el Tribunal de las Comunidades Europeas contra el Consejo y la Comisión en tanto que sean afectados en sus derechos.

Los mencionados principios, los derechos de cooperación y la legitimación activa de los *Länder*, Regiones y Comunidades Autónomas deben asegurarse institucionalmente en la próxima reforma de los Tratados de Roma o a través de su recepción en una futura Constitución Europea.

Habrà un día en que sea imaginable un “Estado federal de Europa”, por lo menos prefiguraciones del mismo, y quizás se pueda pronto decir que el “laboratorio” del Estado federal pertenece, tanto en su conjunto como en sus elementos particulares, a la herencia cultural atlántico-europea del Estado constitucional, de igual modo que Suiza es, por virtud de sus reformas constitucionales totales en los cantones, desde la década de los sesenta, un “laboratorio de la política constitucional” de tipo único.<sup>2</sup>

Si echamos un vistazo a la Alemania de hoy, es decir, en el primer año después de reunificación de 1990, celebrada como un “milagro”, sin hipérbole se puede afirmar que el federalismo constituye *la* forma estatal de la libertad alemana. El Estado

<sup>2</sup> Véase, a este respecto, Häberle, P. “Die Schweiz, eine Werkstatt für Verfassungspolitik”, *Neue Zürcher Zeitung*, 20, 1990, p. 23; *id.*, “Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, número 34, 1985, pp. 303 y ss.

constitucional es posible, en Alemania, hacia adentro como hacia fuera, únicamente *como Estado federal*.

Esto se mostró en 1949 con la fundación de la República Federal en Occidente y se confirmó en 1989/1990 con el milagro del renacimiento de los cinco *Länder* germano-orientales. Sus paisajes culturales no fueron perturbados ni siquiera por la “cubierta de hormigón” del “centralismo democrático” del *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands* (SED: Partido Socialista Unificado de Alemania) en los cuarenta años de la República Democrática Alemana. Despiertan hoy como de un largo sueño. El “*renaissance* de los paisajes culturales” en la Alemania oriental (piénsese, por ejemplo, en la Weimar de Goethe y Schiller en Turingia, el Leipzig de J. S. Bach en Sajonia y la Marca de Brandenburgo de T. Fontanes) es, para mí, el verdadero éxito de la reunificación, porque la nación cultural, la libertad, la democracia y el Estado constitucional han encontrado ahora su síntesis que distingue a la “mejor” Alemania.

La unificación ha proporcionado al “federalismo cultural” alemán un poderoso empuje legitimador y, ciertamente, muestra que Alemania es un “Estado cultural” sólo como Estado federal. Hacia fuera, en atención a los vecinos europeos, la unidad alemana sólo podía llevar a ello: sólo por virtud de la estructura federal de la Alemania unida había que obtener el acuerdo de los vecinos (en el foro de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, OSCE, pero también en las “negociaciones de los 2 más 4” de 1990). La euforia de la superación de la división alemana puede actualmente remitir y un vergonzoso espíritu comercial previene a los *Länder* germano-occidentales de apoyar con fuerza económica suficiente a los *Länder* germano-orientales también en su estatalidad cultural; a largo plazo, la entrada de los cinco *Länder* germano-orientales da un impulso vital de crecimiento a nuestro Estado constitucional federal de una Alemania unida.

Pero este fortalecimiento del modelo del “Estado federal” alemán viene también apremiantemente ordenado por otra razón: la

República Federal de Alemania es, actualmente, en la Europa de los Doce (junto a Bélgica),<sup>3</sup> el único Estado federal. El “eurocratismo” de Bruselas puede erosionar las competencias de los Estados miembros;<sup>4</sup> sólo con lentitud se incrementa en los órganos comunitarios “centrales” de la Comunidad Europea la comprensión de la “soberanía cultural” específicamente alemana de los *Länder*. Éstos se ven amenazados desde Bruselas y quieren con razón ser insertados directamente en la formación de voluntad de Europa, quieren representar por sí mismos sus intereses. Para ello, hay propuestas de reformar el artículo 24<sup>5</sup> de la Ley Fundamental.<sup>6</sup>

Esta conferencia se esfuerza por ofrecer un mínimo de información para los oyentes y lectores italianos, pero se esmera tam-

<sup>3</sup> *Nota del traductor:* Hoy sería la Europa de los 25: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República checa, Suecia.

<sup>4</sup> Véase, a este respecto, Schröder, “Bundesstaatliche Erosionen der europäischen Integration”, *Jarhbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 35, 1986, pp. 83 y ss.; Hrbek y Thaysen (ed.), *Die deutschen Länder und die europäischen Gemeinschaften*, 1986; Rudolf, “Die deutschen Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften nach der Einheitlichen Europäischen Akte”, *Festschrift für Patsch*, 1989, pp. 357 y ss.

<sup>5</sup> *Nota del traductor:* En 1992, se añadió un apartado 1 a al artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn, que reza: “En tanto que los *Länder* sean competentes para el ejercicio de poderes estatales y el cumplimiento de tareas estatales, con aprobación del gobierno federal pueden transferir derechos de soberanía a instituciones transfronterizas”. La referencia a las “*grenznachbarschaftliche Einrichtungen*”, que hemos traducido como “instituciones transfronterizas”, en realidad parece hacer referencia a instituciones (regionales) “transvecinas”, esto es, transfronterizas pero entre vecinos, entre territorios que tienen relaciones de vecindad o proximidad entre ellos.

<sup>6</sup> Una de las propuestas (BT Drs 703/89) respecto del artículo 24,1 de la Ley Fundamental es la siguiente: “La Federación puede transferir derechos de soberanía a instituciones interestatales por medio de ley con el acuerdo del *Bundesrat*. En los asuntos de estas instituciones, los *Länder* cooperan en la formación de la voluntad de la Federación. Una ley regula los detalles, para lo que se necesita la aprobación del *Bundesrat*; en tanto las competencias de los *Länder* fijadas en la Ley Fundamental o sus intereses esenciales sean afectados, hay que prever la posibilidad de un influjo esencial de los *Länder*”.

bién en una problematización, en una profundización científica y desarrollo del debate teórico en materia de federalismo. Por razones a escala mundial, por razones de política alemana y de política europea en igual medida, el tema del “Estado federal” está hoy en el orden del día de la teoría constitucional.<sup>7</sup> De manera especial en Alemania, recientemente la literatura se ocupa de manera muy intensa del federalismo.<sup>8</sup>

## II. EL DESARROLLO ALEMÁN DEL ESTADO FEDERAL EN EL ESPEJO DE LOS NIVELES TEXTUALES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES, ASÍ COMO DE TEXTOS CLÁSICOS ANTIGUOS Y MODERNOS

### 1. *Niveles textuales como vías de desarrollo del Estado constitucional*

Como toda manifestación del tipo “Estado constitucional” en cuanto logro comunitario euro-atlántico que se ha desarrollado a lo largo de los siglos (por ejemplo, en materia de derechos fundamentales o de división de poderes), también el Estado federal se ha transformado, en los niveles textuales, en lo que hoy representa como modelo con irradiación mundial (recientemente, Sudán, por ejemplo, intenta dotarse de una estructura de Estado federal).

<sup>7</sup> Hay aquellos que han calculado que medio planeta está organizado federalmente, y así proponen llamar al siglo XX la “época del federalismo”. Véase, a este respecto, Maler, “Die Föderalismus. Ursprung und Wandlungen”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 115, 1990, pp. 21, 215, 225 y ss.

<sup>8</sup> Literatura: “Der Föderalismus vor dem Anforderungen der Gegenwart”, Coloquio con contribuciones de Maler, Isensee y Vitzthum, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 115, 1990, pp. 21 y ss.; Ossenbühl, F., “Föderalismus nach 40 Jahren Grundgesetz”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1989, pp. 1230 y ss.; Hufen, “Gegenwartsfragen des Kulturföderalismus”, *Bayerische Verwaltungsblatt*, 1985, pp. 1 y ss., 37 y ss.; Ossenbühl, F., (ed.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990; Merten (ed.), *Föderalismus und Europäische Gemeinschaften*, 1990; Häberle, P., *Kulturverfassungsrecht*, 1980.

El paradigma de los “niveles textuales como vía de desarrollo del Estado constitucional”<sup>9</sup> significa que el modelo “Estado federal” se desarrolla en un proceso hoy mundial de producción y recepción: los textos jurídicos de las Constituciones son “intercambiados”, ulteriormente desarrollados, mejorados y refundidos en el correspondiente contexto nacional. Así, es conocido desde 1787 el efecto modélico casi universal del Estado federal de los Estados Unidos de Norteamérica; en Europa, los tres Estados federales germanohablantes, Suiza (1848), Austria (1920) y Alemania (1867), se influyen unos a otros de manera intensa, y ello tanto antes como hoy.

La interacción internacional de los textos constitucionales de Estados federales no se queda, al respecto, en un nivel semántico-verbal, es decir, los constituyentes no transcriben meramente sus textos constitucionales copiándose unos a otros. Más bien, reelaboran, en sus procesos de recepción, al mismo tiempo la realidad constitucional del modelo o texto “de referencia”, incluyendo aquello que la jurisprudencia y la ciencia han “añadido” a los textos o han continuado desarrollando con creatividad (bajo ciertas circunstancias, también en su propio país). Evolucionan. Por ello, los textos constitucionales recepcionados son escritos de forma literalmente “más inteligente” que los originales.

Además, la ulterior realidad (no escrita) se transforma, a su vez, de manera indirecta a través de nuevos textos desarrollados ulteriormente, en textos constitucionales (escritos). Los nuevos textos constitucionales son una parte de la realidad coagulada en el marco del tipo “Estado constitucional”. Recogen algo de lo que el “viejo” texto constitucional como “law in the books” se ha transformado a lo largo del tiempo en “law in action”.

En todo ello hay que seguir teniendo a la vista la dimensión comparativa, histórica y contemporánea, del desarrollo de los ni-

<sup>9</sup> Véase, a este respecto, Häberle, P., “Textstufen als Entwicklungswage”, *Festschrift für Partsch*, 1989, pp. 555 y ss.; *id.*, “Die Entwicklungsländer im Prozess der Textstufensifferenzierung des Verfassungsstaates”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 1990, pp. 225 y ss.

veles textuales del Estado federal. Dicho de otro modo, el modelo “Estado federal”, al haber sido antes comparado histórica y contemporáneamente, es “actualizado” tanto por los constituyentes como por los intérpretes constitucionales. Los constituyentes conocen la historia constitucional en materia de Estado federal, tanto la propia como la ajena, y la comparan con el horizonte del presente para luego “convertirla en texto”.

La ciencia del Estado federal, por su parte, tiene que trabajar comparativamente en el tiempo y en el espacio, lo hace también desde los *Federalist Papers* de los Estados Unidos de Norteamérica. Sobre todo en Europa, la comparación, practicada abiertamente, de distintos Estados federales tiene especiales oportunidades de conocimiento. Desde el principio hay que trabajar comparativamente al Estado federal nacional de Suiza, Alemania y Austria para conocer y continuar desarrollando lo común a los tres países germanoparlantes, pero también lo individual-nacional de cada uno de ellos. Este planteamiento hay que seguir pensándolo, hasta llegar a la práctica de la comparación jurídica como “quinto” método de interpretación “según” Savigny.<sup>10</sup> Esta comparación jurídica es especialmente evidente en una época como la actual, en la que se puede hablar de la “europeización de la teoría del derecho del Estado”.

Y para los tres Estados federales germanoparlantes se puede formular, como grosero resultado de la comparación, el dato de que la peculiaridad y la autonomía constitucional de los Estados miembros en Suiza son especialmente vitales y marcadas, mientras que los *Länder* en Austria se contraponen actualmente todavía con mucha debilidad al “centralismo de Viena”. La República Federal de Alemania y de sus *Länder* tienen, en esta escala, un rango medio, aproximadamente.

<sup>10</sup> Véase mi contribución, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation. Zugleich zur Rechtsvergleichung als fünfter Auslegungsmethode im Verfassungsstaat”, *Juristenzeitung*, 1989, pp. 913 y ss.

El paradigma de los niveles textuales a elaborar a través de la comparación permanente se refiere no sólo a los textos jurídico-constitucionales de los documentos constitucionales (que deben ser aquí designados como textos constitucionales “en sentido estricto”). Deben añadirse los textos constitucionales en sentido amplio, especialmente los textos clásicos viejos y los nuevos.<sup>11</sup> Un Montesquieu, un Rousseau, un Kant, un Aristóteles, por un lado, y K. R. Popper, por otro lado, han contribuido de manera esencial con sus textos que han devenido clásicos al desarrollo del Estado constitucional en su conjunto como en sus detalles: ya sea que el constituyente se haya “inspirado” en sus textos, ya sea que “hayan acompañado” y acompañen hasta hoy a los intérpretes constitucionales en su trabajo.

Pero también la dogmática de autores jurídicos, manifestada en sugestivas máximas, puede aspirar a constituirse en textos clásicos. Un ejemplo alemán reciente es la máxima de K. Hesse de la “concordancia práctica”.<sup>12</sup> Es más, incluso grandes sentencias de los tribunales constitucionales, por ejemplo, las sentencias pioneras del Tribunal Constitucional Federal alemán, como la Sentencia “Lüth” sobre la libertad de opinión (E 7, 198), operan en el fondo como textos constitucionales clásicos.

Sobre todo el desarrollo del Estado federal no podría ser abordado sin la inclusión de textos o teorías clásicos de autores particulares. Tales textos transportan, en cuanto vehículo, los textos constitucionales escritos en sentido estricto. Son, en parte, expresión del desarrollo del Estado federal, en parte lo copilotan. En la medida en que son creativos, enriquecen el concepto mismo de Estado federal con piezas de realidad, propiciando su desarrollo. Estos textos constitucionales sobre materias federales actúan a un nivel nacional y al mismo tiempo caracterizan al desarrollo general del Estado federal.

<sup>11</sup> Con respecto a esta teoría: Häberle, P., *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

<sup>12</sup> Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17a. ed., 1989, pp. 127 y ss.

Veamos algunos ejemplos que prueban que ya no es posible “leer”, en el sentido en el que hemos estado hablando, textos constitucionales federales sin la ayuda de los clásicos. La atracción universal ejercida por los *Federalist Papers* de los Estados Unidos de Norteamérica es bien conocida; igualmente bien conocido es el modelo del Estado federal clásico, que es de “federalismo dual” o “federalismo separativo”. Pero, como una corrección del “federalismo separativo”,<sup>13</sup> el modelo de federalismo cooperativo, que implica, en una mayor o menor medida, a todos los Estados federales a lo largo y ancho del mundo, ha sido también elevado al rango de texto clásico.

En Alemania, algunos escritores eminentes han tratado el Estado federal y, desde una perspectiva científica, han influenciado creativamente en su desarrollo: R. Smend, a través de su concepto de “lealtad federal”, luego “canonizado” por el Tribunal Constitucional Federal;<sup>14</sup> P. Lerche, quien acuñó atinadamente la “homogeneidad en el proceso”;<sup>15</sup> y, finalmente, K. Hesse, con su teoría del “Estado federal unitario”,<sup>16</sup> quien ve compensada la “unitarización material” por el fortalecimiento del *Bundesrat*.

Están también las sentencias pioneras del Tribunal Constitucional Federal, como la primera sentencia sobre la televisión (E 12, 205), que han tenido una vasta influencia en la estructura federal nacional de Alemania y cuyas afirmaciones “no escritas” son, al menos, tan importantes como los textos federales de la

<sup>13</sup> Últimamente, Rudolf, “Kooperation im Bundesstaat”, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, 1990, p. 1091 (pp. 1092 y ss).

<sup>14</sup> Véase Rudolf, *loc. cit.*; Kisker, *Kooperation im Bundesstaat*, 1971; Kewenig, “Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 93, 1968, pp. 433 y ss.

<sup>15</sup> Smend, R., *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, 1916, ahora en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2a. ed., 1969, pp. 39 y ss., y BVerfGE 12, 205, 254 y ss.

<sup>16</sup> Lerche, P., “Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 21, 1964, pp. 66 y ss. (85 y ss.).

Ley Fundamental misma (por ejemplo, véanse los artículos 91a y 91b de la Ley Fundamental sobre las “obligaciones comunes”). Todos estos textos constitucionales “en un sentido amplio” representan fases en el desarrollo del Estado federal, estableciendo su forma y estimulando su evolución; constituyen una serie de textos, dogmas, teorías, proyectos políticos, casos, decisiones judiciales y prácticas estatales que sólo cuando se toman en conjunto constituyen el Estado federal “vivo”. La explicación comparada, orientada a la realidad y a la teoría, del Estado federal como desarrollo de niveles textuales es especialmente fructífera justamente en este tema.

## 2. *Elementos de un inventario del desarrollo del Estado federal en Alemania*

En lo que sigue, sólo a grandes rasgos pueden exponerse los elementos de un inventario del desarrollo del Estado federal alemán a fin de facilitar una rápida información a los oyentes y lectores italianos. El citado paradigma de los niveles textuales sigue siendo, en cualquier caso, el fundamento para el marco teórico.

El Estado federal de la Ley Fundamental de 1949 se basó principalmente en el principio del federalismo dual, y también en el deseo de tener unos *Länder* fuertes. A medida que el tiempo ha ido pasando, la Federación ha ido ganando peso, especialmente en el campo legislativo, donde devino “opresivamente preponderante”.<sup>17</sup> Tanto, que la cláusula de necesidad del artículo 72 de la Ley Fundamental<sup>18</sup> (que protege la “uniformidad de las condiciones de vida”) sirvió como vehículo más que como un freno en la legislación concurrente de la Federación y el Tribunal Constitucional Federal no obstruyó prácticamente nada aquí. Incluso hoy, en el proceso de unificación alemana, la “uniformidad de las condiciones de vida” se emplea como un argumento a

<sup>17</sup> Hesse, K., *Der unitarische Bundesstaat*, 1962.

<sup>18</sup> A este respecto, véase Rudolf, *op. cit.*, pp. 1094.

favor de una rápida adaptación de la mitad oriental a la mitad occidental del Estado federal, para superar la sociedad de dos clases de la que habla Diepgen.

En la década de los sesenta, esta imagen clásica fue completada, por no decir corregida, por dos desarrollos: la idea del Estado federal unitario; y la idea del federalismo cooperativo, siendo ambas ideas expresión del “juego recíproco de práctica política y teoría científica”.<sup>19</sup> El Estado federal alemán se había hecho “más unitario” debido a que la Federación ganaba peso y en la medida en que lo ganaba. Pero, por otro lado, los gobiernos de los *Länder* (y con ello los *Länder*) han adquirido, a través del *Bundesrat*, influencia no sólo en la conformación del derecho federal. En ello es evidente el elemento de la división vertical de poderes, que es uno de los aspectos que legitiman al Estado federal.

El federalismo cooperativo no es sólo una peculiaridad alemana, sino que puede encontrarse, con intensidad diferente, en absolutamente todos los Estados federales del mundo. En un análisis realista, que observe especialmente los numerosos convenios entre los Estados miembros en el Estado federal de Alemania,<sup>20</sup> la idea del federalismo cooperativo vino a un primer plano en el llamado Informe Troeger<sup>21</sup> (se ha hecho casi un texto clásico).

El legislador de reforma constitucional en parte ha “reaccionado” (*reagiert*) en el Estado federal alemán a las conexiones cooperativas en la forma del nuevo artículo 91a y b de la Ley Fundamental (tareas comunitarias), y en parte ha “actuado” (“*agiert*”), al haber creado ahora un marco formal para una cooperación especial.

<sup>19</sup> Stern, K. K., *op. cit.*, p. 655.

<sup>20</sup> Schneider, P., “Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 19, 1961, pp. 1 y ss.

<sup>21</sup> *Gutachten über Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., 1966.

Las formas de cooperación son, desde luego, bajo el techo de la Ley Fundamental, muy numerosas: van desde el proceso informal cerrado hasta las rígidas regulaciones contractuales (por ejemplo, tratados estatales, acuerdos administrativos y acuerdos de coordinación),<sup>22</sup> pasando por conferencias (por ejemplo, de los presidentes ministeriales) y Comisiones.

En el marco del paradigma de los niveles textuales hay que señalar que la idea y la realidad del federalismo cooperativo han dejado sus “huellas textuales” en la propia Ley Fundamental (reformada en parte), sin que tampoco se haya asumido textualmente, ni siquiera de manera remota, toda la cooperación real; mucho sigue estando “no escrito” realmente. La praxis estatal, por ejemplo, sobre autocoordinación de los *Länder*, es riquísima.

Hoy mucho apunta a que el federalismo cooperativo entra en una nueva fase debido a la unificación alemana desde 1990 y está ante grandes exigencias y una prueba de acreditación de una forma que hasta ahora no se daba. Los instrumentos y procedimientos en el Tratado de Unificación de 1990 contienen sólo primeros planteamientos. Las ayudas financieras millonarias, los “estímulos financieros”, las ayudas oficiales y jurídicas de dimensiones totalmente nuevas, el “préstamo” de personal administrativo y judicial son conceptos clave.

Es necesaria una nueva comunidad constitucional federal de responsabilidad a mano común en la relación entre la Federación y los *Länder* germano-occidentales, por un lado, y los *Länder* germano-orientales, por otro lado. Quizás se debería hablar de una nueva “tarea comunitaria de los *Länder* germano-orientales”.

La teoría alemana del Estado federal debe todavía reelaborar todo esto y reconducirlo con bastante esfuerzo a conceptos. Desde luego, este federalismo cooperativo intensificado sólo puede ser uno tal “en el tiempo”; si no, podría convertirse en una dominación del Este por el Oeste, podría ponerse en peligro la propia estatalidad de los *Länder* germano-orientales como un fallo con-

<sup>22</sup> Sobre este punto, Rudolf, *op. cit.*, p. 1115.

génito y debilitarse con ello la propia estructura federal en su conjunto. También aquí, y de forma especial, se muestran los dos lados del federalismo cooperativo:<sup>23</sup> puede, por un lado, contribuir a la garantía efectiva, y en la misma medida irrenunciable, en el Estado social moderno de las tareas estatales sin llevar a una centralización; por otro lado, recorta las posibilidades de experimentación limitada y de competencia entre los *Länder*.<sup>24</sup>

La acuñación positiva del principio del Estado federal en la Ley Fundamental alemana se puede caracterizar con K. Stern<sup>25</sup> con siete concisas palabras clave, siendo así reconducible esta serie de “normas constitucionales, principios e instituciones” a “una cierta pluralidad del poder político de dirección” (“two centres of government”):

- a) El carácter estatal de la Federación y los *Länder*, que les deja un “campo de juego propio de conformación política”,<sup>26</sup> con lo cual los espacios constitucionales de la Federación y los *Länder* se contraponen autónomamente entre sí.<sup>27</sup>
- b) La división de competencias entre la Federación y los *Länder* como “manifestación importante del principio del Estado federal... y al mismo tiempo como un elemento de una complementaria división funcional de poderes. Divide al poder político y pone a su ejercicio un marco jurídi-

<sup>23</sup> Hesse, K., *Grundzüge ...*, cit., p. 91.

<sup>24</sup> Especialmente en Suiza, exactamente como ocurre en un gran laboratorio, pueden encontrarse huellas textuales de la evolución tangible del Estado federal en actualizaciones totales y parciales, en propuestas teóricas, en prácticas estatales y en la jurisprudencia. A este respecto, véanse las indicaciones en Häberle, P., “Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz”, *Jarhbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 34, 1985, pp. 303 y ss.

<sup>25</sup> Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., 1984, vol. I, pp. 667 y ss.

<sup>26</sup> *Cfr.* BVerfGE 1, 14, 34; 36, 342, 360 y ss.

<sup>27</sup> BVerfGE 4, 178, 189; 36, 342, 360 y ss.

co-constitucional”.<sup>28</sup> A los *Länder* se les deja todavía, según la Ley Fundamental alemana: la organización de su ámbito estatal, lo municipal, el orden público y de policía, el ámbito cultural (sobre todo, la Escuela y la Universidad) y el ámbito de la planeación de las propias tareas.<sup>29</sup>

- c) Como “principio constitucional no escrito”, el comportamiento leal federal (“bundesfreundliche Verhalten”) de la Federación frente a los estados miembros y de éstos frente a aquélla,<sup>30</sup> que, con la unificación alemana, ahora debería regir también de modo específico entre los *Länder* germano-occidentales y la Federación frente a los *Länder* germano-orientales, con apoyo en la garantía del “orden constitucional” por la Federación según el artículo 28,3 de la Ley Fundamental (véase ahora la “obra comunitaria de impulso hacia el Este”).
- d) El principio de homogeneidad (*cf.* artículo 28,1 y 3 de la Ley Fundamental), entendido como “estándar medio” en el acuerdo tanto de los miembros unos con otros como de los miembros y la Federación. El principio mencionado es equilibrado, por lo demás, a través de la pluralidad, y posibilita en el fondo conceptual al Estado federal como una parte de la división pluralista de poderes.
- e) Las posibilidades de influencia de la Federación en los *Länder* (por ejemplo, como vigilancia o coacción federales), que desde luego son equilibradas a través de las influencias de los *Länder* en la Federación (*cf.* el *Bundesrat*, según el artículo 50 de la Ley Fundamental).
- f) La primacía del derecho federal (conforme a la Constitución) sobre el derecho de los *Länder* (artículo 31 de la Ley Fundamental).

<sup>28</sup> BVerfGE 55, 274, 318 y ss.

<sup>29</sup> Stern, K., *op. cit.*, p. 675, con más referencias.

<sup>30</sup> BVerfGE 1, 299, 315; 8, 122, 138; 12, 205, 254; 31, 314, 354; 34, 9, 20; 43, 291, 348.

- g) La participación de los *Länder* en la formación de la voluntad federal,<sup>31</sup> entre nosotros en el *Bundesrat* como “órgano constitucional federal”.

Estos siete elementos caracterizan al tipo “Estado federal” de modo totalmente general, pero los ejemplos nacionales siguen siendo muy ricos en variantes.

### 3. *Apéndice I: En particular, el derecho constitucional “común” en el Estado federal*<sup>32</sup>

Puesto que el federalismo constituye un complejo “no sólo... sino también...” de pluralidad y homogeneidad, echemos aquí una breve mirada sobre un caso aplicativo de esta perspectiva, por ejemplo, el suizo: el derecho constitucional “confederal”. Su existencia se puede demostrar, y fundamentar, por más que haya que advertir del “imperialismo del derecho” de Lausana, o de Karlsruhe o de Viena.<sup>33</sup> Se hace referencia al derecho constitucional que surge a partir de la comparación jurídica dentro del Estado y que opera como fuente subsidiaria del derecho allí donde existen las llamadas lagunas.

Aplicado con cautela, el “derecho común” en el Estado federal es un enriquecimiento de la teoría de las fuentes del derecho y de las posibilidades de interpretación, y establece sutilmente un vínculo entre la homogeneidad y la pluralidad federales.

<sup>31</sup> Stern, K., *op. cit.*, pp. 726 y ss.

<sup>32</sup> *Nota del traductor*: Este apartado lo hemos añadido tomándolo de Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998, pp. 784-790. Con este añadido, el trabajo aquí traducido coincide también, en su mayor parte, con las páginas 776-803 de dicho libro.

<sup>33</sup> Vgl. Häberle, P., “Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 34 (1985), p. 303 (pp. 345 y ss.), así como el Congreso de Profesores de Derecho político de Passau, especialmente la discusión: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 46 (1987), pp. 150 y ss., 173.

También la teoría del regionalismo podría aprender de ello: el derecho regional común puede ser una palabra clave con futuro.

Quizá se puede incluso ir más allá: en el marco de una “teoría general del Estado federal”, podría haber principios constitucionales comunes, en todo caso entre los Estados federales de lengua alemana; la categoría del derecho constitucional común alemán (“no-escrito”) es un ejemplo; otros ejemplos son la “lealtad federal”, así como la división vertical de poderes. Pero quizás también [podría haber estos principios constitucionales comunes] entre los Estados federales del mundo en su conjunto: ya las formas de cooperación federal arrojan pruebas, también las comisiones mediadoras entre las correspondientes dos Cámaras.

Sin embargo, la máxima de la subsidiariedad debería siempre, desde luego, seguir estando presente y ser tenida a la vista. Esta máxima impide un pensamiento unitario irreflexivo que contradiga directamente la “*ratio*” del Estado federal, pero también su trasfondo irracional antropológico-cultural: se trata, ciertamente, de un hombre también irracional.

El conocimiento del derecho constitucional común “ya existente” y que se desarrolla por medio de la elaboración científica y judicial (práctico-jurídica) en un Estado federal exige, sobre todo, el arte y la virtud de la comparación jurídica: más exactamente de la comparación jurídica dentro de Alemania y dentro de Suiza (eventualmente, también dentro de Austria). Las especialidades de esta comparación jurídica consisten en que ésta tiene lugar dentro del mismo Estado federal. Lo que hay que comparar son los textos constitucionales de la Federación y de los cantones, los proyectos de dichos textos, las decisiones de los tribunales (constitucionales de los *länder*), la praxis, por ejemplo en los correspondientes cantones; pero también hay que llevar a cabo una comparación teórico-científica.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Mössner J., ha investigado el tema “comparación jurídica y jurisprudencia constitucional” en su artículo del mismo nombre en: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 99, 1974, pp. 193 y ss., pero el estudio se ocupa solamente de la com-

La comparación jurídica dentro del Estado federal es un “instrumento” esencial en el proceso de la determinación o del hallazgo, y también de la creación interpretativa, del derecho constitucional común. Los intérpretes (de la Constitución), es decir, todos los participantes en los procesos de interpretación, deben trabajar comparativamente, antes de que lleguen a dar un sí o un no a la cuestión, si ellos “encuentran” una norma del derecho constitucional común.

paración jurídica en atención al derecho (constitucional) extranjero, sin atender al mismo tiempo a la comparación jurídica dentro del Estado, ni teórica ni prácticamente. Sin embargo, el trabajo da alguna ayuda que hay que agradecer también para la comparación jurídica dentro de Alemania y dentro de Suiza, por ejemplo la construcción de grupos de casos según “falta de problema”, “vicio jurídico”, “diferencia de regulación”, “diferencia de construcción”, “estándar de grupo” (pp. 199 y ss.). La referencia de Mössner a la “concretización comparativa de principios constitucionales” (p. 218) tiene un paralelo en la elaboración desarrollada en el texto del Derecho constitucional común sobre la base de una concretización comparativa. Considerada más en detalle, la comparación jurídica dentro del Estado federal representa la fase inferior de aquel proceso en el que se compara en el sentido de una “mirada de la vida del Estado a los Estados con la misma estructura constitucional típica” (Mössner, *ibidem*, p. 241).

Lo que es elaborado en la comparación de Estados extranjeros a partir del tipo “Estado constitucional”, “democracia occidental” y sobre su base, y también desde el pensamiento en “familias constitucionales”, por ejemplo la europeo-continental, eso mismo lo hace de la comparación jurídica dentro del Estado federal “en lo pequeño” y “en lo especial”, y ello tanto típicamente como también sobre la base de la específica Comunidad de ese Estado federal y de la cercanía intensiva de sus Estados miembros (*cfr.* más abajo). En la medida en que se diseñe una teoría general del Estado constitucional como Estado federal, hay que elaborar la comparación jurídica dentro del Estado federal como instrumento de interpretación. Con ella se desarrolla al mismo tiempo un campo de aplicación “ordinario”, “inferior” para la comparación jurídica como principio de trabajo en el Estado constitucional, en el sentido de una “línea que se eleva” (el próximo campo de aplicación de nivel superior es la comparación jurídica dentro de la Unión Europea). El tipo “Estado constitucional” vive de esta comparación en varios niveles (sobre ello, véase mi libro *Die Wesensgehalt garantie*, 3a. ed., 1983, pp. 407 y ss). Una introducción en la comparación constitucional la ofrece la contribución del mismo nombre de Munich, F. Von, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 33, 1973, pp. 126 y ss.

Tienen que tomar en cuenta la totalidad de las normas (constitucionales) vigentes: tanto derecho constitucional escrito, también el no escrito, tanto el derecho constitucional positivo como el que no lo es (es decir, derecho consuetudinario a escala constitucional), tanto derecho legal como derecho judicial, y deben extender la comparación tanto al “law in action” como al “law in the books”, a la praxis jurídica y a la ciencia.

Y así vista, la “comparación jurídica dentro del Estado federal” aparece como una tarea tan compleja como diferenciada que fácilmente puede demandar demasiado de los intérpretes. En la práctica, la comparación jurídica<sup>35</sup> dentro del Estado federal comenzará comparando los textos jurídicos y, a partir de ahí, continuará con una comparación de la praxis jurídica orientada a los problemas y elaborada científicamente, allí donde sea posible. Ello ya sería mucho. Así, el juez cantonal y el científico constitucionalista que “lo trabaja” pueden poner reflexivamente el derecho constitucional vigente de los cantones “uno junto a otro” y, a partir de numerosos paralelismos y coincidencias materiales, emplear las inferencias de derecho común para el problema interpretativo en “su” cantón. Ello constituye la actividad “cualificadora” y “cualitativa” del intérprete.

Lo especial en la comparación jurídica aquí discutida consiste en que tiene lugar dentro de la única comunidad jurídica y cultural del Estado federal, como comparación jurídica en el Estado

<sup>35</sup> Especialmente para la comparación de los derechos fundamentales dentro de Alemania, véase mi libro *Die Wesensgehaltgarantie*, 3a. ed., 1983, pp. 407 y ss. Hablando de la necesaria “capacidad de comparación jurídica inspiradora”, con relación a la concretización de los derechos fundamentales por el Tribunal Federal, Müller, J. P., *Elemente einer Schweizer Grundrechtstheorie*, 1982, p. 27. La teoría constitucional debería buscar, sobre todo, el debate con la obra de Constantinesco, L. J., *Rechtsvergleichung*, t. III, *Die rechtsvergleichende Wissenschaft, Die theoretischen Grundlagen*, 1983. Su planteamiento científico-cultural (pp. 487 y ss.: “círculo jurídico y círculo cultural”; pp. 510 y ss.: “La cultura como fundamento de los ordenamientos jurídicos y de los círculos jurídicos”) es tan aplicable como poco está pensando Constantinesco su comparación jurídica desde el Derecho constitucional y desde el tipo del Estado constitucional.

federal, y, a este respecto, para el “comparatista” siempre está en cuestión una “visión interna” del derecho constitucional: también los cantones muy lejanos unos respecto de los otros son, en un sentido material, “cantones vecinos” próximos. La referencia general de los textos constitucionales a la única Confederación a la que el cantón pertenece, y a la cooperación en el cumplimiento de las tareas de Estado,<sup>36</sup> expresa esta “proximidad” específica dentro del Estado federal y el intenso carácter de comunidad jurídica que constituyen la “base” para el proceso de crecimiento del “derecho constitucional común”.

La elaboración del derecho (constitucional) en el Estado federal necesita de un elemento cuantitativo. En la interpretación ius-comparada y en la comparación interpretativa con la finalidad de la averiguación del “derecho constitucional común”, hay que cuestionarse también siempre si “ya” un número suficientemente grande de ordenamientos jurídicos parciales de los cantones o de los Estados miembros han conformado un determinado pensamiento jurídico coincidente de forma tal que aparezca justificado el predicado “derecho común” (en el sentido de común-alemán o común-suizo). En un lugar, a determinar no apriorísticamente ni en abstracto, se transforma entonces la cantidad (es decir, por ejemplo, el número de cantones coincidentes) en la cualidad, es decir, la afirmación de un derecho constitucional común.<sup>37</sup>

Para Suiza se puede plantear la pregunta de si hay un derecho constitucional común-suizo particular, por ejemplo para los can-

<sup>36</sup> Por ejemplo, el artículo 1o. de la Constitución de Uri; el artículo 4,1 de la Constitución de Jura; el artículo 1 del proyecto constitucional de Solothurn; el artículo 2,1 de la Constitución de Berna.

<sup>37</sup> Así, es sintomático que Starck, C. [“Sondervoten de lege lata”, en C. Starck/K. Stern (eds.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, 1 (1983), p. 285 (p. 297)], en atención a un determinado problema, hable de “tres Constituciones de los *Länder*” y luego continúe: “puesto que una autonomía procesal completa de los tribunales constitucionales no se corresponde con la concepción común-alemana de la posición de un tribunal constitucional como órgano constitucional...”.

tones especialmente afines entre sí por pertenecer a una misma unidad, sea latina o suizo-alemana, por su cultura jurídica y por su lengua. En la República Federal de Alemania, los *Länder* del Norte y los *Länder* del Sur y del Este podrían dar ocasión a tal derecho “común-alemán particular”.

Sin embargo, en ambos casos es obligada una gran cautela: cualquier derecho común particular no debe transformarse en el “dispositivo explosivo” de la irrenunciable unidad en el Estado federal ni en el vehículo de una “Federación especial” sea del tipo que sea. Precisamente Suiza será aquí sensible con razón debido a la dolorosa historia de su Estado federal.<sup>38</sup> El concepto de “común” tolera, al respecto, poco lo particular; ¡vive, desde luego, precisamente de su exclusión!

Un elemento que enriquece cualitativamente el componente cuantitativo y un argumento para la afirmación, por ejemplo, del derecho constitucional suizo común de los cantones puede ser también el origen común en el mismo periodo temporal de la reforma total a la Constitución. Así se puede preguntar si, por ejemplo, el movimiento de reforma total de las Constituciones cantonales, en la década de los ochenta, en los cantones de Aargau, Uri, Glarus, Solothurn y Thurgau, da lugar a un elemento común a partir del cual se desarrolla más fácilmente un derecho constitucional común de los cantones que en aquellos otros cantones que tienen su origen en un periodo codificador más antiguo (por ejemplo, la segunda mitad del siglo XIX).<sup>39</sup> Lo mismo

<sup>38</sup> *Cfr.* el artículo 7,1 de la Constitución Federal: “Quedan prohibidos toda alianza especial y todo tratado de contenido político entre los cantones”. El apartado 2 continúa: “Los cantones tendrán, en cambio, derecho a concertar entre sí convenios sobre materias objeto de legislación, de administración o de jurisdicción”. ¡Esta media frase final habla más bien a favor que en contra de una afirmación limitada de un “Derecho constitucional común” de los cantones!

<sup>39</sup> Un ejemplo podría ser la cuestión de en qué medida los nuevos catálogos cantonales de derechos fundamentales son o no exhaustivos. Puesto que el “estilo en especial” predomina, el cantón se podría haber legitimado, alegando el “derecho constitucional común de los cantones”, para atribuir también a su ca-

valdría para la “ola codificadora” en la década de los noventas (desde Berna, en 1993, hasta Saint Gallen, en 1996-1997 y Waadtland, 1997).

Para la estructura actual como Estado federal de Suiza y de su actual fase de crecimiento<sup>40</sup> hay que considerar lo siguiente: El Tribunal Federal debería ser cauto para trabajar abierta o encubiertamente con “derecho constitucional común confederal”; podría transformarse en instrumento de nivelación desde la Federación, a pesar de que los cantones son Estados de derecho desarrollados, y ello por virtud de su jurisdicción contencioso-administrativa, ocasionalmente también por virtud de su jurisdicción constitucional, por virtud de sus garantías de los derechos fundamentales y por virtud de sus formas de protección jurídica en sentido estricto y en sentido amplio.

El Tribunal Federal tiene que tener ante los ojos que hay muchas manifestaciones de un “buen” Estado de derecho, también y precisamente dentro de un Estado federal. Con otras palabras, el postulado de Estado federal y de la homogeneidad no debería ser realizado a través de la categoría “derecho constitucional común confederal”, más allá del artículo 60. de la Constitución Federal (o del artículo 28 de la Ley Fundamental en el caso de la República Federal de Alemania), a costa de las “peculiaridades como Estado miembro”.

En manos de un órgano federal, como el Tribunal Federal, el argumento del “derecho constitucional común confederal” amenaza ligeramente con convertirse en instrumento “centrípeto” de unificación excesiva. El argumento puede incluso ser cómodo para el órgano (federal) de hallazgo del derecho, ¡pero quizás no existe siquiera en concreto una necesidad de regulación! El dere-

tálogo de derechos fundamentales aparentemente “cerrado” en su texto, más allá de su literalidad, un carácter a modo de ejemplo solamente.

<sup>40</sup> El planteamiento específico del Estado federal deja espacio para la comparación jurídica dentro del Estado federal que es una manifestación de la comparación jurídica como método de trabajo en el marco de la interpretación constitucional.

cho constitucional común confederal no debería tampoco transformarse en mero derecho judicial del Tribunal Federal, ni surgir como tal. Con ello, sólo sería una nueva “fuente del derecho” para el derecho constitucional federal. El conocimiento del lado positivo de una “desigualdad” de las reformas constitucionales cantonales debe, sobre todo, prevenirnos de trabajar de manera totalmente precipitada con el “derecho constitucional común confederal”.

Pero, al contrario, también puede ocurrir que los cantones operen con derecho constitucional común-confederal, ya sea que se liguen tan estrechamente a la Federación que quieran ver impuestos, de manera vinculante también para la Federación, los “principios generales del derecho” del derecho constitucional cantonal deducidos por medio de la comparación; ya sea que quieran parangonar a cada Cantón particular que tenga “su propia voluntad” discrepante de la mayoría. También esta nivelación “intercantonal” bajo la dirección de los cantones más fuertes y sin directa participación de la Federación (¿en un tercer nivel, por así decirlo?) tendría su grado oscuro: la Federación estaría “armonizada”,<sup>41</sup> a pesar de que necesita libertad de conformación y quiere tenerla.

<sup>41</sup> *Nota del traductor:* La palabra que hemos traducido por “armonizada” es, en el original alemán, “gleichgeschaltet”, que difícilmente puede traducirse con todas sus connotaciones. En efecto, debe tenerse en cuenta que ese preciso término tiene en alemán unas connotaciones especiales, pues fue empleado por primera vez, fuera del contexto técnico electrónico de que procedía (sincronización), por los nazis a partir de 1933 en el mismo título de la *Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich* (*Ley de sincronización/unificación de los Länder con el Imperio*), que abolió el federalismo, sustituido por un poder central absoluto. Se trata, pues, de un término muy ligado al nazismo que hace referencia a la coordinación, a la armonización, pero también, en realidad y en último término, a la sincronización de una máquina, aquí el Estado-total, y a la unificación forzada. Es, en definitiva, un típico eufemismo nazi. Seguramente, el autor emplee el término con algunas de estas connotaciones tan negativas.

El Estado federal constituye una forma específica del Estado moderno de la cultura.<sup>42</sup> Hay que repensar de nuevo la teoría del Estado federal, como también la teoría de los elementos del Estado, a partir del derecho constitucional cultural en cuanto “alma” del federalismo. Su historia en Alemania es una forma (encubierta) de la historia del Estado de la cultura. En todo caso, el ocuparse del Estado federal debería tener por consecuencia investigaciones del Estado de cultura no sólo como “productos secundarios”.

La libertad de cultura en general, y especialmente la libertad de arte y también de ciencia, se garantiza en el Estado federal no sólo al ser reconocida como derecho de defensa y como contenido jurídico-objetivo (como en el artículo 5,3 de la Ley Fundamental). Posee [además] una garantía “mediata” específica del Estado federal en tanto que se reconoce por la Federación y por los *Länder* que la una y los otros son “Estados de cultura”, en tanto que hay varias cláusulas del Estado de cultura acuñadas individualmente para los *Länder* (especialmente también en la Alemania del Este), y una cláusula del Estado de cultura limitada (en parte, no escrita) también para la Federación. El Estado de cultura de la República Federal de Alemania, específicamente federalista y por ello pluralista, es ya en sí una garantía de la “libertad de la cultura”.

Un ejemplo tomado de la promoción artística: lo que en el *Land* de la Federación A no es subvencionado ni promovido tie-

<sup>42</sup> Sobre ello, más en detalle, Häberle, P., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980; *ders.*, “Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht”, 1982, en *id.* (ed.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, S. 50 y ss. Las iniciativas político-culturales a nivel europeo se intensifican; cfr. la exigencia del Parlamento Europeo de un fondo de la Comunidad Europea para la protección de monumentos: *Nordbayerischer Kurier* del 16 de septiembre de 1982, p. 6. Más en detalle, sobre la dimensión jurídico-constitucional-cultural de Europa, véase mi contribución introductoria a *Kulturstaatlichkeit*, *ibidem*, pp. 53 y ss., así como “Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 32 (1983), pp. 9 y ss. Ahora, véase el artículo sobre la promoción cultural, artículo 128 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1992).

ne enteramente una oportunidad en el *Land* de la Federación B, que compite con A; ¡recuérdese la tan citada línea del Meno!<sup>43</sup> Si se añade la política cultural municipal (así como la de los sindicatos<sup>44</sup> y federaciones patronales), se muestra entonces el entero espectro de la “pluralización” de la promoción cultural, que desde luego hoy no puede alcanzarse de manera ilimitada a través del “patrocinazgo de la cultura”. ¡Hay tareas culturales del Estado que no se pueden privatizar, puesto que son de “provisión básica”!

Dicho con otras palabras, la “libertad de la cultura” y la variedad de la cultura son aseguradas tanto a través de los derechos fundamentales, a partir de la garantía de particulares libertades culturales, como también a través del derecho de la organización por medio de la estructura del Estado federal y de la variedad de sujetos (por ejemplo, tanto municipales como de la radiodifusión).

#### 4. *Apéndice II: El Tratado alemán de Unificación de 1990 como nueva etapa de desarrollo del Estado federal: nuevo derecho constitucional cultural*

A cualquier inventario del desarrollo del Estado Federal en Alemania pertenece ahora el Tratado de la Unificación del 31 de agosto de 1990.<sup>45</sup> Aquí no puede ser abordado en todos los puntos esenciales para el federalismo en la Alemania unida. Sólo respecto a algunos aspectos, sobre todo de tipo jurídico-constitu-

<sup>43</sup> *Nota del traductor*: Parece aludirse a la línea que marca el río Meno, que recorre Alemania “dividiéndola” en Norte y Sur.

<sup>44</sup> Referencias detalladas en F. Eckhard et Alii, *Massen, Kultur, Politik*, 1978; véase también Emig, B., *Die Veredelung des Arbeiters. Die Sozialdemokratie als Kulturbewegung*, 1978. Posterior, Fielhauer, H. y Bockhorn, Olaf (eds.), *Die andere Kultur, Volkskunde, Sozialwissenschaften und Arbeiterkultur*, 1982.

<sup>45</sup> *Boletín*, núm. 104, del 6 de septiembre de 1990, p. 877.

cional cultural, debe ahora preguntarse qué significa básicamente para la idea de Estado federal.

Ya el Preámbulo hace referencia al “Estado federal democrático y social, organizado como Estado de derecho”. El artículo 5o. menciona como “reformas constitucionales futuras”, entre otras, “aquellas en conexión con la relación entre la Federación y los *Länder*”; también prevé la posibilidad de una nueva estructuración para la región Berlín/Brandenburgo, apartándose del artículo 29 de la Ley Fundamental, “a través del acuerdo de los *Länder* implicados”. Aquí surge un nuevo campo de aplicación para la cooperación. Del ámbito de la Constitución financiera (artículo 7o.), menciónese el Fondo “Unidad alemana”, con el cual la Federación y los *Länder* germano-occidentales “apoyan especialmente” a los *Länder* germano-orientales con pagos anuales.

En todo el Tratado, es perceptible el esfuerzo por conceder a los nuevos *Länder* de la Federación, tan pronto como sea posible, la autonomía que la vieja República Federal y la Ley Fundamental dejan a sus Estados miembros germano-occidentales (“en el espíritu” del artículo 30 de la Ley Fundamental). Sin embargo, la transición del Estado unitario “República Democrática Alemana” al Estado federal de la Ley Fundamental exige para los *Länder* germano-orientales formas específicas de cooperación unificadora, que por lo menos en principio dividan todo el territorio federal en dos mitades del Estado federal heterogéneas. Todo ello está, sin embargo, relacionado con la necesidad de evitar un federalismo, a la larga y en conjunto, “escindido”; sería inconstitucional (el artículo 36 no debería olvidarse).<sup>46</sup>

<sup>46</sup> *Nota del traductor:* Dice el artículo 36 de la Ley Fundamental de Bonn: “(1) En los órganos ejecutivos supremos de la Federación deberán ser empleados, en proporción adecuada, funcionarios de todos los *Länder*. Las personas empleadas al servicio de otras autoridades federales se seleccionarán, por lo general, en el *Land* donde ejercen sus funciones.

(2) Las leyes militares deberán tener en cuenta igualmente la organización de la Federación en *Länder* y las particulares condiciones regionales de los mismos”.

Según el artículo 13,1 de la Ley Fundamental, las instituciones con ámbito de actuación que traspase las fronteras de un *Land* “pasan a la titularidad común de los *Länder* afectados”. También el artículo 14 conoce determinadas instituciones que se mantienen como “instituciones comunes de los *Länder* germano-orientales”. Por ello, por virtud del Tratado de la Unificación de 1990, el Estado federal cooperativo ha ganado fuerza en la forma de cooperación intensificada entre los nuevos *Länder* de la Federación unos con otros: la cooperación fortalecida entre los nuevos *Länder* de la Federación unos con otros es también, en principio, muy necesaria.

Habrà que esperar a ver si esta cooperación vinculará a los *Länder* germano-orientales más estrechamente unos con otros sólo en la fase de transición condicionada por la reconstrucción (según la “naturaleza de las cosas”) o si tendrá efecto a más largo plazo tras el ajuste de las condiciones de vida. Si el artículo 18,2 del Tratado de la Unificación dice: “Los otros *Länder* y la Federación prestan ayuda administrativa en la construcción de la administración de los *Länder*”, esta “ayuda administrativa” condicionada por la unificación, incluyendo el préstamo de órganos, es un nuevo elemento en la imagen global del “federalismo cooperativo” que caracteriza al Tratado de la Unificación en la Alemania unida.

Con total independencia del Tratado de la Unificación, hay además cada vez más hermanamientos (hermanamientos germano-occidentales en atención a los países germano-orientales, por ejemplo, Baden-Württemberg/Sajonia o Hesse/Turingia; formas especiales de cooperación, por ejemplo, cooperación cultural).

En el ámbito de la “cultura, la educación y la ciencia, y el deporte”, el Tratado de la Unificación trae aquí regulaciones del Estado cultural desde el nivel federal que son nuevas con esta densidad. Se confían a la Federación grandes ámbitos del campo global “cultura”, tal y como ello es admisible condicionado a la unificación, porque según la Ley Fundamental, la soberanía cultural corresponde precisamente a los *Länder*. La teoría alemana

del Estado federal debe todavía elaborar estos procesos y preguntar si aquí surgen estructuras y procesos unitarios, cooperativos o totalmente nuevos. Hay que evitar, sin embargo, que bajo la bandera de la bien llamada “ayuda cultural” por parte de la Federación a la larga se produzcan daños a la soberanía cultural de los *Länder* germano-orientales. Entonces, el federalismo cultural en toda Alemania estaría en peligro. Sin embargo, hay en principio un lado positivo. Hay que agradecer al artículo 35 del Tratado de la Unificación un fortalecimiento de la concepción del Estado federal, del Estado constitucional, desde la cultura. Reza este artículo:

1) En los años de la división, el arte y la cultura eran, a pesar del diferente desarrollo de los dos Estados en Alemania, un fundamento de la subsistente unidad de la Nación alemana... La posición y reputación de una Alemania unida en el mundo dependen, además de su peso político y de su capacidad económica, igualmente de su significación como Estado de cultura. Es objetivo prioritario de la política exterior cultural el intercambio cultural sobre la base de la cooperación participativa.

Con ello, se regula por primera vez a escala federal una forma de cláusula del Estado cultural, algo sobre lo que hay que reflexionar en la persistente controversia sobre “¿un objetivo de Estado “Estado cultural” en la Ley Fundamental?”, y con ello también se presta complementaria fuerza de impulso a los defensores de esta cuestión. Ello vale tanto más cuando el artículo 38,1 del Tratado de la Unificación establece esta fórmula: “La ciencia y la investigación constituyen, también en la Alemania unificada, un importante fundamento para el Estado y la sociedad”.

El Tratado de Unificación se esfuerza ahora, por un lado, en hacer insertar a los *Länder* (germano-orientales) inmediatamente en la división federal de competencias de la Ley Fundamental en materia de cultura y, por otro lado, intenta comprometer financieramente a la Federación. Además, la cultura que se ha desa-

rollado en la Alemania oriental durante el periodo de la división también está protegida.

El Tratado intenta ajustarse a este triple objetivo, una innovación en el ámbito del derecho constitucional cultural en un Estado federal que también representa un gran reto para la doctrina federalista alemana. El artículo 35,2 del Tratado, en particular, especifica: “La sustancia cultural en el territorio cubierto por el artículo 3o. (los nuevos *Länder* orientales) no debe ser dañada”.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho, esto parece ser un tipo de garantía del *status quo* cultural, una “*garantía del contenido esencial*” cultural.<sup>47</sup> El problema del sentido jurídico de la garantía no es fácil de resolver. ¿Dónde está la línea de demarcación entre el contenido cultural y la sustancia cultural? Esta cláusula ciertamente no abarca la cultura de la República Democrática Alemana en su totalidad. ¿A qué concepto de cultura se refiere?, ¿es quizás entendida la cultura en un sentido general, incluyendo por tanto al deporte y al “ligero entretenimiento”? ¿también se protege la ciencia manipulada del marxismo?, ¿y qué ocurre con las llamadas “conquistas sociales” de la antigua República Democrática Alemana?

En mi opinión, la cláusula relevante en el artículo 35 sólo puede referirse al producto de creatividad cultural y no, por tanto, a su “contenedor” o substrato jurídico. De hecho, se dice sustancia cultural y no sustancia *jurídico*-cultural. Con la unificación, los nuevos *Länder* han adquirido el derecho constitucional cultural de la Ley Fundamental.

El derecho cultural del Estado de la vieja República Democrática Alemana ha sido eliminado por su conflicto con la Ley Fundamental. Por tanto, entre otros, han sido derogados los siguientes principios de la Constitución de la República Democrática de Alemania de 1974: “La cultura nacional socialista es parte de los

<sup>47</sup> En general, véase Häberle, P., *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3a. ed., 1983. Hay traducción española de Brage, J., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003 y 2004.

fundamentos de la sociedad socialista” (artículo 18, 1, frase 1a.); “la creación artística se basa en una conexión estricta entre sus autores y la vida del pueblo” (artículo 18,2, frase 2a.); “el ejercicio físico, el deporte y el turismo, como elementos de la cultura socialista, son parte de la completa educación física y espiritual” (artículo 18,3); o “el sistema educativo unitario y socialista garantiza a cada ciudadano educación, formación y formación continua”. Esta concepción socialista de la cultura es la completa antítesis del concepto abierto y pluralista de la Ley Fundamental, y fue así abolido el 3 de octubre de 1990, el día de la unificación.

Dado que el derecho constitucional de la cultura de los *Länder* germano-orientales sólo está *in nascendo*, surge un vacío que plantea problemas inesperados (por ejemplo, la promoción de una cultura libre por parte de los *Länder* y los municipios está sólo comenzando; la existencia económica de las viejas instituciones culturales, como teatros, museos y teatros de ópera, se ve repentinamente amenazada). El artículo 35,3 regula con el rango de derecho federal: “El cumplimiento de las tareas culturales, incluyendo su financiación, debe estar asegurado, con lo cual la protección y la promoción de la cultura y el arte es obligación de los nuevos *Länder* y municipios, de acuerdo con el reparto de competencias previsto en la Ley Fundamental”.

Esta cláusula sobre las tareas culturales del Estado representa otro elemento en el nuevo derecho constitucional cultural de la Alemania unida, aunque la soberanía cultural de los *Länder* fue ya prevista en la Ley Fundamental. Es de destacar, entre otras cosas, la mención expresa de los municipios, junto a los *Länder*, como titulares de las tareas culturales. El derecho constitucional cultural municipal<sup>48</sup> ha encontrado así reconocimiento y desarrollo en un nivel federal.

<sup>48</sup> A este respecto, véase Häberle, P., *Kulturpolitik in der Stadt —ein Verfassungsauftrag*, 1979.

Finalmente, el nuevo derecho constitucional sobre la cultura y el desarrollo del federalismo pueden verse donde se prevé una cofinanciación por la Federación.

Hay varios puntos en el Tratado en los que a la Federación le surge una competencia cultural (¿como “fiduciario a término?”), que en realidad deberá ser cuidadosamente revisada porque hay el peligro de que un sabor centralista, totalmente ajeno al espíritu de la Ley Fundamental, se aferre al naciente federalismo cultural germano-oriental, protegido y financiado por la Federación.

Hay tres lugares en el Tratado de la Unificación en que los *Länder* germano-orientales están expuestos al centralismo cultural de la Federación. El artículo 35,4 dice que: “Las instituciones culturales, hasta ahora administradas centralizadamente, serán competencia de los *Länder* o de los municipios en los que estén situadas. En casos excepcionales, no quedará excluida una cofinanciación por la Federación, en especial en el *Land* de Berlín”. El artículo 35,6, también prevé el mantenimiento del Fondo para el arte y los artistas hasta el 31 de diciembre de 1994 y, a su vez, no excluye una cofinanciación por la Federación. Finalmente, el artículo 38,7 establece que: “Para equilibrar los efectos de la Alemania dividida, la Federación puede cofinanciar transitoriamente, a fin de promover la infraestructura cultural, medidas e instituciones culturales particulares en el territorio mencionado en el artículo 3o.”.

La promoción cultural de la Alemania oriental, inmediatamente necesaria tras la unificación y a la que no se puede hacer frente sólo financieramente por los *Länder* implicados, también será llevada a cabo poco a poco por la Federación. El mismo requerimiento existe para la promoción de la ciencia y la investigación (artículo 38), como para el deporte (insertado en el capítulo sobre la cultura; *cfr.* artículo 39,1, 2: “El deporte será apoyado, ideal y materialmente, por los poderes públicos, de acuerdo con el reparto de competencias establecido en la Ley Fundamental”). Así tenemos otro ejemplo de pluralismo en las tareas culturales). Sobre la base del artículo 39,3, la Federación

promoverá las actividades deportivas de los discapacitados por un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 1992. Asumirá, así, la responsabilidad de la promoción también en este sector (cultural).

Resumiendo, puede decirse que el Tratado de la Unificación de 1990 ha puesto claro énfasis tanto en el desarrollo del Estado federal alemán como en el derecho constitucional cultural. El tributo pagado al federalismo cooperativo (bajo la forma de las instituciones comunes de los *Länder* germano-orientales y de las formas de asistencia administrativa por parte de los *Länder* germano-occidentales y de la Federación, pero también por virtud de la ayuda financiera del Fondo “Unidad alemana”, finalmente en forma de la cofinanciación de determinadas medidas de promoción cultural por parte de la Federación) es tal que es inconfundible un elemento de lo unitario o lo centralizante, por lo menos por un periodo transicional. La Federación tiene más responsabilidades culturales, porque tiene que ayudar a los *Länder* orientales en esta esfera.

Es una cuestión todavía abierta si esto cambiará, a largo plazo, la relación existente bien ajustada entre la Federación y los *Länder* en asuntos culturales.

En el Tratado hay un énfasis positivo sobre el papel que jugarán el arte y la cultura en ayudar a mantener a Alemania unida. Las numerosas cláusulas especiales sobre promoción cultural son también una buena señal y se mencionan por el nombre ámbitos parciales de la cultura, como “política exterior cultural”, radiodifusión, educación, ciencia e investigación, así como el deporte. Además, es satisfactorio ver que los municipios figuran entre aquellos con responsabilidades culturales, junto con la Federación y los *Länder*.

Si la Nota de Protocolo número 14 al artículo 35 protege la cultura serbia, ello hay que saludarlo como posible “preformulación” de un “artículo serbio” a nivel de la Ley Fundamental.<sup>49</sup>

Dado que los *Länder* germano-orientales deben readquirir o mantener, en el campo de la cultura, su propio perfil y deben diferenciarse unos de otros, y también en comparación con los *Länder* germano-occidentales, hay que esperar que no se desarrollen dos formas de federalismo a medio o largo plazo, ensanchando la separación entre la Alemania del Este y la del Oeste. No podemos terminar teniendo un Estado federal dividido en dos mitades. El Este y el Oeste no pueden competir como tales unos con otros, ni culturalmente ni de otro modo; más bien todos los *Länder*, en el Este y en el Oeste, deben estar en competencia los unos con los otros, sean orientales u occidentales. De otro modo, se crearía un Estado federal dividido en dos partes que, debido a la disparidad económica, impediría que “se junte lo que forma un conjunto” (W. Brandt).

Incluso la red crecientemente densa de mecanismos cooperativos no debe asumir una naturaleza permanente, si queremos impedir que los *Länder* germano-orientales terminen en un Estado de dependencia económica y cultural.

Será, así, necesario, por lo menos más adelante, recuperar una parte del Estado federal “clásico”. Por virtud de la “naturaleza de las cosas”, sin embargo, el Tratado de la Unificación podría continuar *por un tiempo* como la Ley Fundamental normalmente permite (“federalismo fiduciario”).

<sup>49</sup> Núm. 14 del Protocolo: “1) La libertad de declarar que uno pertenece a la nacionalidad y cultura serbia; 2) Se garantiza la conservación y el desarrollo de la cultura y tradiciones serbias; 3) Aquellos que pertenezcan a la población serbia y sus organizaciones son libre de usar y conservar el lenguaje serbio también en la vida pública; 4) La distribución de la jurisdicción entre la Federación y los *Länder* establecida por la Ley Fundamental permanece sin cambios”.

### III. UNA PROPUESTA TEÓRICA: UNA CONCEPCIÓN “MIXTA”, CIENTÍFICO-CULTURAL DEL ESTADO FEDERAL

#### 1. *Tareas y límites de los modelos teóricos científicos en el marco de la teoría constitucional*

Pese al hecho de que el Estado federal tiene una fascinación a nivel mundial, y pese al largo y detallado estudio a que ha estado y está todavía sometido, todavía no se ha formulado una teoría del Estado federal que pueda aspirar a ser universalmente “correcta”.

Esto no nos impide, sin embargo, preguntarnos en qué elementos teóricos descansa el éxito y el desarrollo del Estado federal ni si es posible una “integración pragmática de elementos teóricos”.

A este fin, nosotros no podemos, obviamente, ignorar los límites de cualquier modelo teórico, al menos en la esfera de la teoría constitucional. Un modelo teórico es, de hecho, capaz sólo de expresar verdades parciales y provisionales, circunscritas en el tiempo y el espacio. Además, como un producto científico, puede conducir, comprender y desde luego “constituir” la realidad política sólo limitadamente.

A ello se añade que hay que trabajar en, y para, el Estado constitucional del presente, como un proyecto tendencialmente universal, en dos niveles que se limitan mutuamente: el nivel más abstracto del “tipo” general del “Estado constitucional” y el nivel concreto, que varía ese tipo general, de la formación nacional de cada Estado federal como ejemplo o variante del tipo.<sup>50</sup> Así, el Estado federal suizo tiene su propia forma “individual” y su peculiaridad histórico-cultural que lo distingue claramente de

<sup>50</sup> Kimminich, O., “Der Bundesstaat”, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I, 1987, p. 1113 (pp. 1118 y ss.) critica la teoría común del Estado federal, pero luego hace uso de ella para distinguir el Estado federal de la Confederación y del Estado unitario. Véase también, Isensee, “Idee und Gestalt des Föderalismus”, *Handbuch des Staatsrechts*, volumen IV, 1990, p. 517 (520).

Austria. A pesar de esto, todavía constituye uno de los ejemplos del tipo constitucional del Estado federal, puesto que todos los Estados federales tienen ciertos rasgos generales comunes.

Con estas restricciones y reservas, se expondrá ahora una propuesta teórica que representa sólo una voz, quizás muy alemana, entre las numerosas teorías y métodos que compiten. Se basa, sin embargo, en textos que reflejan la situación real, vista desde la idea del desarrollo de niveles textuales: la concepción “mixta”, científico-cultural del Estado federal. Como cualquier otra teoría constitucional, también expone, y en parte ayuda a formar, una situación de gran alcance y pluralista. Formula nociones y conceptos que, aunque sin valor por sí mismos, pueden, sin embargo, servir para mantener y desarrollar el tipo “Estado constitucional” y esa manifestación de este tipo representada por el Estado federal.

La teoría mixta científico-cultural del Estado federal se aplica sólo a la fase actual en la evolución de este “modelo”, tangible en la forma del paradigma de fases textuales. Tanto si se la toma en su conjunto como en sus partes particulares, es susceptible, en realidad está necesitada de adiciones, ya que tiene la apariencia de un mosaico no terminado en el que hay que insertar nuevas piezas. A este fin, sin embargo, el propio Estado constitucional tiene que entenderse como una oportunidad para la dignidad humana, para la democracia, como nada más que su habitat organizativo; una oportunidad que debería insertarse en el marco de una interpretación abierta de la historia (constitucional) pero que, al mismo tiempo, todavía está en riesgo de perderse, como cualquier otra que se basa en la libertad de la cultura y es expresión de la cultura de la libertad.

## 2. *Una teoría mixta del Estado federal*

La teoría “mixta” del Estado federal puede, así, sólo ser esbozada aquí para la República Federal de Alemania, ahora la Ale-

mania reunificada. En opinión del autor, sin embargo, también puede aplicarse a otros Estados federales; pero la demostración de esta tesis requeriría un estudio extenso del contenido y el desarrollo de fases textuales extranjeras que no es posible ni siquiera esbozar aquí.<sup>51</sup> Ya se ha mostrado claramente que los varios procesos de producción y asimilación en el “laboratorio” mundial del Estado federal, desde los *Federalist Papers* hasta el “federalismo cooperativo”, siempre afectan sólo a una parte, a una sección, a una piedra de mosaico de un conjunto.

Es imposible para una teoría o un modelo ser recepcionados en su conjunto, o ser llevados a una unidad sin contradicciones, debido a la extrema variedad y a las numerosas conformaciones de los procesos de intercambio y de cada nación. En esta materia, las doctrinas “puras” están lejos de representar y guiar a la realidad; los modelos explicativos del federalismo basados en “una” idea no pueden prestar una contribución apreciable para adquirir nuevos conocimientos.

Las propuestas teóricas surgidas en el Estado federal alemán han sido, y siguen siendo hasta hoy, muy variadas; y, además, nosotros hemos absorbido los desarrollos teóricos mundiales en materia de federalismo sólo de una forma fragmentaria: se ha producido una recepción y un ulterior desarrollo totalmente en el sentido de la “ingeniería gradual”. Hay tres modelos que existen actualmente: el del Estado federal clásico, en la forma del “federalismo dual”;<sup>52</sup> la doctrina del “Estado federal unitario” (K. Hesse); y el federalismo cooperativo al que el legislador ha pres-

<sup>51</sup> En una perspectiva comparativa, véase especialmente; Starck, C. (ed.), *Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat*, 1988. Un acento nuevo, particular se pone, sobre una base comparativa, por Schindler, D., “Differenzierter Föderalismus”, *Festschrift für Häfelin*, 1969, pp. 371 y ss.

<sup>52</sup> Para lo que sigue, véase mi contribución a la discusión en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 46, 1988, pp. 148 y 149; véase también el artículo en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39, 1981, pp. 202 y ss. (respecto de la “integración pragmática de elementos teóricos”).

tado una contribución decisiva a través de los artículos 91a y 91b de la Ley Fundamental.<sup>53</sup>

En la experiencia federal alemana, estos tres modelos son mezclados continuamente en formas nuevas y diferentes. Así, a un tiempo, los tres han logrado preservar una relativa efectividad desde un ángulo histórico-evolutivo. Algunas veces prevalece el aspecto unitario, como ocurrió en la década de los cincuenta y principios de la década de los sesenta; en otras épocas, se explotan los beneficios del federalismo cooperativo. En la Alemania unida de hoy, estos últimos son particularmente necesarios, mucho más allá de lo que se deriva de las normas del Tratado de Unificación de 1990 (“*Länder* asociados”), que, por otro lado, también muestra rastros de elementos unitarios que llegan hasta los límites de la Ley Fundamental.

En el debate político alemán de mediados de la década de los ochenta, hubo un claro deseo de superar el modelo cooperativo: de este modo, las tareas comunitarias de los artículos 91a y 91b de la Ley Fundamental<sup>54</sup> se pusieron en cuestión, alegando nuevamente las ventajas de decisiones claras sobre las competencias, así como las ventajas del clásico dualismo Federación-*Länder* y la descentralización óptima. Es, así, muy evidente que, a pesar de los diversos énfasis, nuevas mixturas y variantes, todos los (tres) modelos (el clásico-dualista, el unitario y el cooperativo) del Estado federal están de algún modo todavía presentes en el

<sup>53</sup> Sobre este punto: Frowein, J. A. y Munich, I. Von, “Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 31, 1973, pp. 13 y ss.; Marnitz, *Die Gemeinschaftsaufgaben des Art. 91a als Versuch einer verfassungsrechtlichen Institutionalisierung der bundesstaatlichen Kooperation*, 1974.

<sup>54</sup> Nótese que Kimminich, O., “Der Bundesstaat”, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I, 1987, p. 1113 (pp. 1119 y ss.), habla de mixtura de los elementos unitario y federalista, y ubica al Estado federal de la Ley Fundamental en la categoría del federalismo cooperativo (*ibidem*, pp. 1145 y ss.). Ossenbühl, F. (ed.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990, p. 117 (pp. 151 y ss.) alega que la República Federal está pasando de un federalismo separatista a un federalismo cooperativo-unitario.

marco de la Ley Fundamental alemana, tangibles en los textos constitucionales, entendidos éstos tanto en un sentido estricto como en uno amplio.

Hay que hacer una virtud de esta (supuesta) necesidad, la falta de una única teoría correcta del Estado federal: la teoría mixta del Estado federal, que permite flexibilidad y que crea apertura hacia ulteriores desarrollos, permite la adición pragmática de elementos teóricos, y no corre el riesgo de distorsionar la realidad en interés de una teoría ni de pretender imponer unilateralmente determinadas (pretendidas) verdades científicas. Abarca a la multiplicidad expresada por aquellos que luchan por un “buen” Estado federal, y puede quizás incluso ofrecer el debatable potencial de la doctrina clásica de la “Constitución mixta”.<sup>55</sup>

Podría imputarse a la doctrina del Estado federal que aquí se propone como “mixta” que es “sincrética”. Pero en su lado positivo, este pretendido o real sincretismo es sólo una consecuencia de la “Constitución del pluralismo”. La “pluralidad del poder político de dirección” en el Estado federal de que habla Stern sólo puede comprenderse científicamente por medio de un modelo pluralista. Y la doctrina “mixta” del Estado federal podía ser tal modelo.

Finalmente, debe decirse que la doctrina aquí esbozada es suficientemente flexible como para absorber cualquier cambio que ocurra en el espacio y en el tiempo: en el espacio, dado que los diferentes Estados federales nacionales combinan los concretos elementos teóricos de una manera variable y absolutamente individual; en el tiempo, porque el desarrollo constitucional y la historia de las fases textuales de cada Estado federal conoce fases en las que, bien un elemento teórico, bien el otro, se mueve a un

<sup>55</sup> Sobre la materia, Stern, K., *Staatsrecht*, 2a. ed., vol. I, 1984, pp. 735 y ss; además, Riklin, A., “Mischverfassung und Gewaltenteilung”, *Festschrift für Pedrazzini*, 1990, pp. 21 y ss.

primer plano o retrocede.<sup>56</sup> Nótese simplemente que la doctrina “mixta” del Estado federal así esbozada se corresponde a la idea del *concepto abierto de cultura*.

### 3. *La concepción científico-cultural del Estado federal*

La estructura del Estado federal es, y en la Alemania unida de un modo totalmente especial, un componente integral de nuestro Estado constitucional. En el marco de una teoría constitucional como ciencia jurídica de los textos y la cultura,<sup>57</sup> es evidente por ello que hay que poner el acento, para la comprensión del Estado federal, en lo cultural, por importante que siga siendo lo económico como sustrato y no obstante la relativa legitimidad de otros modelos teóricos.

Al respecto, resulta relevante tanto el concepto estricto (educación y formación, ciencia y arte, conservación de monumentos y medios de comunicación) como el amplio de cultura (por ejemplo, el arte popular y el deporte).<sup>58</sup> Y justamente el pragmatismo eminente de todo desarrollo del Estado federal hace teóricamente aconsejable el modelo mixto. El concepto de “federalismo de la cultura” es un término afortunado,<sup>59</sup> que refleja ya en

<sup>56</sup> De acuerdo con el modelo “mixto”, especialmente para Austria, en Funk, B. C. en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 46, 1988, p. 173.

<sup>57</sup> Con respeto a este programa, véase mi obra de 1982: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*.

<sup>58</sup> A este respecto, Häberle, P., *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht*, en Häberle, P. (ed.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, p. 1 (pp. 20 y ss.); véase también Steiner, U., “Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 42, 1984, p. 7 (pp. 8 y ss.); además, Grimm, D., *ibidem*, p. 46 (pp. 60 y ss.). Con respecto al “Estado de cultura y libertad cultural”, véase ahora la obra del mismo nombre de M. E. GEIS, 1990.

<sup>59</sup> Un estudio en profundidad lo da Hufen, F., “Gegenwartsfragen des Kulturföderalismus”, *BayVBl*, 1985, pp. 1 y ss., 37 y ss.; véase también: Isensee, J., “Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz”, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, 1990, p. 517 (p. 639), quien ve al federalismo cultural como la “razón de la legitimación permanente del federalismo alemán”.

su planteamiento, y tanto para la historia como para la actualidad de Alemania, el vínculo entre el Estado federal y la cultura. El “concepto abierto de cultura”, el “pluralismo de los sujetos de la cultura” es la generalización jurídica de esta idea.<sup>60</sup>

La teoría cultural del Estado federal es “un intento” de explicarlo y guiarlo; también tiene que competir con otras teorías y sólo puede aspirar a una verdad científica parcial. Propuesta por primera vez en 1980,<sup>61</sup> esta teoría será aquí esbozada muy brevemente.

El federalismo se legitima principalmente por la multiplicidad cultural de una comunidad política en la esfera estatal y social (partidos, asociaciones, minorías). La variedad de iniciativas culturales, esperanzas y aspiraciones para el futuro, así como la de la cultura producida en el pasado y en el presente (herencia cultural) halla su (relativamente) mejor “contenedor” en la estructura del Estado federal (especialmente en Alemania).

La multiplicidad de *Länder* (o cantones) individuales se basa en áreas culturalmente diferenciadas y también exige una política cultural viva de parte de estos *Länder*, incluso hasta el punto de hacerse “persistente”. Mucho depende de la voluntad cultural de los propios *Länder*, de su espíritu imaginativo, de su fuerza creativa y de su capacidad competitiva, así como de su voluntad de compromisos y de consenso. Porque, no obstante su multiplicidad, el estatus nacional federal también exige consenso en líneas generales (“consenso marco”), un trasfondo de elementos comunes y la integración de las diversidades en una unidad.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Sobre este punto: Häberle, P., *Kulturpolitik in der Stadt*, cit., pp. 34 y ss, 37; *ibidem*, *Kulturverfassungsrecht*, pp. 14 y ss. y *passim*.

<sup>61</sup> Véase mi obra de Innsbruck: *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980 (para su efectividad en Austria, véase Pernthaler, P. (ed), *Föderalische Kulturpolitik*, 7 (introducción) y 9 y ss.; véase también mi contribución en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 46, 1988, pp. 148-151.

<sup>62</sup> Cfr. la tesis de Maier, H., “Der Föderalismus. Ursprünge und Wandlungen”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 115, 1990, p. 213 (p. 230), de acuerdo con quien el federalismo está constituido de “una tensión compleja de fuerzas

Este consenso también tiene un fundamento cultural y está garantizado jurídicamente por la cláusula de homogeneidad del artículo 28 de la Ley Fundamental. Dondequiera que existen hoy Estados federales, las diferencias culturales que han dado un impulso en el pasado al federalismo y que hoy lo mantienen vital pueden revivir. Esta multiplicidad cultural es “una” forma del pluralismo y la garantía del pluralismo cultural. Al final, la cultura contribuye mucho más a “hacer” un Estado que la economía, tanto a escala federal como local. Sólo la cultura puede enraizar profundamente y proteger al Estado, en la conciencia de cada ciudadano individual y en la “conciencia colectiva” de todos.

En este trasfondo, el “derecho constitucional de la cultura” se acredita como un “*proprium*”, si es que no como una parte del “corazón” del Estado federal. Es precisamente en su presencia en “varios” niveles y en la multiplicidad de sus manifestaciones técnico-jurídicas como este derecho constitucional de la cultura es, por así decirlo, la *raison d'être* del Estado federal, le presta una legitimación específica.

Los mencionados niveles están representados, por un lado, por el derecho constitucional cultural de los *Länder* (o cantones) y los municipios y por las competencias en asuntos culturales de la Federación y, en una medida creciente, de Europa; y, por otro lado, por el derecho universal de la cultura (por ejemplo, el Pacto sobre Derechos Humanos con referencia a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966).<sup>63</sup>

En cuanto a la “multiplicidad textual”, ésta se expresa en cláusulas culturales generales o especiales, en cláusulas que protegen el patrimonio y el pluralismo culturales, en el reconoci-

centrípetas y centrífugas”, de una “integración de lo diferente y de lo común”, y de “un almacenaje concentrado de conflicto y consenso”.

<sup>63</sup> Sobre las perspectivas europeas de un Derecho constitucional de la cultura, véase Häberle, P., “Europa im kulturverfassungsrechtlicher Perspektive”, *Jarhbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 32, 1983, pp. 15 y ss.; con respecto a las estratificaciones, véase la obra *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980, pp. 17 y ss.

miento de libertades culturales (que van desde el *status negativus* hasta el *status corporativus*), en el establecimiento de objetivos educativos, etcétera.<sup>64</sup>

Frente al igualitarismo del Estado constitucional social y a la uniformización de la economía, este complejo derecho constitucional de la cultura crea un campo de juego de conformación para lo propio, lo más pequeño, lo individual, para la “patria chica”. Dota, así, a la estructura federal de un fundamento antropológico-cultural, sobre el cual construir el puente hacia la subsidiariedad.<sup>65</sup>

El derecho constitucional multiforme de la cultura en el Estado federal también tiene, en un Estado social igualitario y en una democracia igualitaria, la connotación de una garantía específica de las libertades. La soberanía cultural de los *Länder* o de los Estados miembros es así una réplica de la libertad cultural de los ciudadanos. Ésta se puede preservar especialmente bien en el Estado federal, aquí se puede acreditar y seguir desarrollándose de un modo específico.

En Alemania, la teoría del Estado federal elaborada desde el ángulo de la ciencia de la cultura ha recibido un impulso adicional (y ha sido llamada a enfrentar un nuevo reto) por medio de, y en, el proceso de unificación alemana desde 1989. La supervivencia de los cinco *Länder* germano-orientales alrededor de un Estado unitario como la República Democrática Alemana del Partido Socialista Unificado de Alemania se debe a su “pluralidad cultural” (por ejemplo, Turingia, Brandenburgo, etcétera).

Este “milagro de la cultura” posibilitó a los *Länder* germano-orientales renacer casi de la noche a la mañana durante la revolución pacífica de 1989. No es la economía la que los ha “he-

<sup>64</sup> Sobre los *Länder* en desarrollo, véase Häberle, P., en *Verfassung und Recht in Übersee*, 1990, p. 225 (pp. 269 y ss.); para una visión panorámica de la riqueza de figuras, véase ID., “Artenreichtum und Vielschichtigkeit von Verfassungstexten”, *Festschrift für Häfelin*, 1989, pp. 225 y ss.

<sup>65</sup> Stern, K., *op. cit.*, pp. 660 y ss.

cho” Estados, sino esa cultura territorialmente diferenciada en la que se basan sus propias, respectivas identidades.

El Tratado de Unificación de 1990 trata a fondo, bien que tardíamente, los aspectos culturales: en forma de cláusulas de promoción de la cultura [artículos 35, 1 (3 a 7), 38 y 39], en una garantía de la sustancia cultural (artículo 35,2), pero principalmente en el importante reconocimiento en el artículo 35,1, correspondiente a una cláusula del Estado de la cultura: “En los años de la división, el arte y la cultura eran... un fundamento de la subsistente unidad de la Nación alemana... La posición y reputación de una Alemania unida en el mundo dependen, además de su peso político y de su capacidad económica, igualmente de su significación como Estado de cultura”.

La unión económica, monetaria y social de 1989 sólo pudo constituir un primer paso en el proceso de unificación alemana. La “cuarta dimensión”, la de la cultura, ha madurado como tal casi demasiado tarde en la conciencia pública y política alemana.

También debería considerarse que el sistema jurídico tiene posibilidades limitadas de actuar en la materia. Es verdad que tiene que proveer a la soberanía cultural de los *Länder* germano-orientales de un nuevo derecho constitucional de la cultura, diferenciado y abierto a la experimentación (los proyectos de Constitución son valientes a este respecto). Es igualmente verdad que esta soberanía cultural debe, como una infraestructura jurídica, también adquirir su propio espacio en el substrato económico. Y, por otro lado, no puede negarse que los *Länder* germano-occidentales y la Federación deben ayudar a los *Länder* germano-orientales bajo la bandera del federalismo cooperativo y en la esfera de la “tarea comunitaria” que representa la cultura.

Sin embargo, lo que es realmente importante a medio plazo es que la cultura diferenciada y federalmente articulada de la Alemania oriental se acredite *por sí misma* y en *competencia* con los *Länder* germano-occidentales. El derecho, por más importante que pueda ser (incluso también el nuevo derecho constitucional de los *Länder* en asuntos culturales, y los elementos del nuevo

derecho constitucional de la cultura, tanto federal como local, contenidos en el Tratado de la Unificación), puede ser sólo un “contenedor”.

Ciertamente, en 1991, el “federalismo cultural” aparecía por vez primera como un elemento constituyente del Estado constitucional alemán; el enfoque científico-cultural podía, por tanto, aspirar a revelar otros elementos de legitimación para el tipo general del Estado constitucional federal. Teorías pasadas de la legitimación del federalismo son todavía significativas,<sup>66</sup> por ejemplo, las que se basan en la promoción de una democracia civilmente activa; las centradas en la fuerza políticamente equilibradora del Estado federal;<sup>67</sup> aquellas a favor de permitir a la oposición emerger; y aquellas que ponen el énfasis bien en la desconcentración o democratización de las estructuras de los partidos políticos, bien en el debilitamiento (por la distribución de poder) de la influencia de los grupos de presión, bien en la integración de la división de poderes en un sentido horizontal con una división de poderes en un sentido vertical.<sup>68</sup> O, finalmente, las teorías de la competencia, o del proceso de ensayo y error, en asuntos culturales, políticos y económicos (federalismo de competencia: desde la perspectiva de la política del derecho, por ejemplo, como trabajo experimental de laboratorio en el derecho constitucional de la cultura, como una oportunidad de enriqueci-

<sup>66</sup> Isensee, J., “Idee und Gestalt des Föderalismus in Deutschland”, *Handbuch des Staatsrechts*, volumen IV, 1990, p. 517 (pp. 638 y ss.), divide las justificaciones del Estado federal en cinco categorías de descentralización, legitimación derivada de la estabilización del sistema, concordancia estatal-constitucional, integración procedimental (construcción de unidad a través del proceso) y multiplicidad histórico-regional de Alemania. Al final, también está próximo a un concepto mixto, cuando resume (*op. cit.*, p. 690): “Las cinco legitimaciones diferentes no se contradicen o neutralizan las unas a las otras. Cada una introduce su propia perspectiva, acentuando un aspecto del Estado federal”.

<sup>67</sup> También, para lo que sigue, véase Hesse, K., *Der unitarische Bundestaat*, 1982, p. 30.

<sup>68</sup> Hesse, K., *op. cit.*, *passim* y en especial, p. 23.

miento constitucional, de acuerdo con las competencias de los Estados miembros).<sup>69</sup>

Para ser extremadamente breve, estos aspectos parciales pueden todos ellos reducirse al mismo denominador común: la promoción de la libertad (como un elemento de legitimación del Estado federal).<sup>70</sup> Y, a este respecto, la uniformización de los procedimientos para resolver conflictos de que habla P. Lerche representa un factor complementario bastante importante<sup>71</sup> (libertad a partir del proceso). Esta conexión entre el *status* nacional federal y la “libertad cultural”, en el sentido más amplio y profundo del término, es muy evidente en la tradición de la “libertad alemana”: la Federación echa sus propias raíces en el suelo antropológico-cultural de una nación.

#### IV. PROBLEMAS POLÍTICOS DEL ESTADO FEDERAL EN LA ALEMANIA UNIDA DE HOY

Algunos casos problemáticos se expondrán ahora brevemente, mostrando cuánta vitalidad tiene la idea federal en la Alemania unida de hoy, a cuántos retos está haciendo frente y qué horizontes están abiertos, no sólo para el tipo federal, sino también para el tipo general del Estado constitucional.

<sup>69</sup> Sobre la significación del derecho constitucional de los Estados miembros, véase la conferencia titulada “Bedeutung des gliedstaatlichen Verfassungsrecht in der Gegenwart”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 46, 1988, pp. 7 y ss., con contribuciones de W. Graf. Von Vitzthum, B.-C. Funk y G. Schmid; véase también Herdegen, M., “Strukturen und Institute des Verfassungsrechts der Länder”, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, 1990, pp. 479 y ss.

<sup>70</sup> La idea de la protección de la libertad se acentúa por Stern, K., *op. cit.*, pp. 658 y ss.; Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17a. ed., 1990, pp. 88 y ss., habla del estatus nacional federal como un elemento complementario del sistema del Estado democrático y constitucional.

<sup>71</sup> Lerche, P., *op. cit.*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 21, 1964, p. 66 (pp. 84 y ss.).

1. *El “milagro” del renacimiento de los Länder germano-orientales en relación con sus proyectos constitucionales y Constituciones*

Ya he hablado del renacimiento de los cinco *Länder* germano-orientales, que han surgido literalmente de las ruinas de los cuarenta años de dominio del “centralismo democrático”. En Alemania oriental todavía se espera el “milagro económico”, pero el “milagro cultural” de la resurrección de los *Länder* ya ha ocurrido. Incluso antes de su restauración y de su reestablecimiento político en un sentido estricto, los viejos *Länder* habían readquirido su fisonomía cultural en la conciencia pública. Los símbolos de su identificación cultural, tales como las banderas de Turingia y Sajonia, sus escudos de armas y sus capitales habían extinguido al Estado Unitario de la República Democrática de Alemania incluso antes del *renaissance* jurídico y formal del estatus nacional de los *Länder*.

Fue un sentimiento de identidad “cultural”, ya sea de un tipo patriótico, territorial o simbólico (piénsese sólo en las “provincias del espíritu”, tales como Weimar o Dresden), que ya había despertado de manera inesperada a los cinco *Länder* durante el otoño de la revolución de 1989. Si uno piensa con qué naturalidad y riqueza, nutridas antropológicamente, con qué variedad o, si puede así describirse, con qué “policromía” de eventos, han recuperado su libertad los alemanes orientales, como ciudadanos de Brandenburgo, Sajonia o Mecklenburgo-Pomerania Anterior, etcétera, podemos estar tentados de pensar que hubo ya un “federalismo genuinamente arraigado en la naturaleza y la cultura” en la todavía República Democrática de Alemania o en la antigua República Democrática de Alemania.

En cualquier caso, el jurista haría bien en considerar sus construcciones, y eventualmente sus ficciones, como bastante secundarias: la “patria”, determinadas “provincias”, “ciudades” y “paisajes”, una cierta “estampa humana”, representaron y todavía representan el substrato de lo que constituye el fundamento de

los *Länder* en un sentido jurídico. Esto no sólo relativiza una cierta autosatisfacción jurídica e impide a la obra de los juristas ser un fin en sí misma, sino que también específicamente exige al constitucionalista ser sensible a los datos previos y los desarrollos de un orden cultural-antropológico, para lo cual el Estado federal ofrece un “contenedor” casi ideal.

Ahora se muestra ya en la Alemania oriental y en las Constituciones que surgen en sus *Länder* cuantas “habitaciones” tan diferentes puede haber en la casa de un Estado federal. Los textos de estas Constituciones son un reflejo de los ciudadanos de Turingia, Sajonia, Brandenburgo, etcétera, y también muestran el amplio espacio asegurado dentro del marco federal para las innovaciones, la fuerza creativa, la experimentación y la individualidad.

En las siguientes páginas, sobre la base de algunos ejemplos textuales tomados del naciente derecho constitucional de los *Länder* germano-orientales, se mostrará cómo de vital es el federalismo alemán y qué líneas evolutivas se están poniendo de relieve por los textos constitucionales y por los proyectos que marcan su desarrollo.

### A. *Los preámbulos*

Un primer tópico es aquel de la “cultura del preámbulo”, que actualmente se está desarrollando. En el Estado constitucional, los preámbulos están caracterizados por la solemnidad de su lenguaje festivo, por su elaboración de la historia, por su prefiguración del futuro, así como por su carácter fundante (como “Constitución en la Constitución”). Los proyectos germano-orientales revelan peculiaridades a este respecto.

El mejor ejemplo es el Preámbulo al proyecto constitucional de Mecklenburgo-Pomerania Anterior de julio de 1990,<sup>72</sup> que reza así:

<sup>72</sup> Todos los textos siguientes se citan de acuerdo con *Jarhbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 39, 1990; para los preámbulos, véase mi contribución en *Festschrift für Broermann*, 1982, pp. 211 y ss.

Determinados a garantizar, con todo el pueblo, la paz en Alemania que asegura la justicia y los derechos humanos para todos los pueblos y para cada individuo; reconociendo que el pueblo nunca será capaz de dominar la naturaleza y que sólo respetando la cadena biológica a la que pertenecen pueden continuar siendo una parte de la misma; conscientes de que la Comunidad democrática deriva su fuerza más íntima no sólo de la Constitución, sino también y especialmente de la voluntad viva del individuo de compartir en todo; los ciudadanos de Mecklenburgo y Pomerania se han dado a sí mismos esta Constitución.

Igualmente innovador es el Preámbulo al Proyecto de Constitución del *Land* de Brandenburgo de abril de 1990, que condensa el juicio histórico y los planes futuros en una frase: “Responsable ante el pueblo de la República Democrática de Alemania, que, a través de una revolución pacífica, ha abierto la vía a una sociedad caracterizada por la dignidad de la persona... y comprometido a crear una Alemania unida, pacífica para siempre, que servirá al ideal europeo y al de la unidad entre los pueblos...”.

### B. *Los institutos de la democracia*

La necesidad de formas particulares de democracia se prueba, con especial intensidad, por los proyectos germano-orientales. Sobre todo, merece la pena prestar atención al reconocimiento acentuado de estructuras de democracia plebiscitaria, de iniciativa popular,<sup>73</sup> de *referenda*, así como la institución de consultas populares. El artículo 68 del Proyecto constitucional para Sajonia

<sup>73</sup> *Cfr.* artículo 49 de la Constitución de Berlín de 1948/1990; artículo 67 del Proyecto de Constitución de Sajonia-Anhalt de 1990, y artículo 88 del Proyecto constitucional de Brandenburgo de 1990; el artículo 73, 2 del Proyecto “Gohrisch” de Sajonia de agosto de 1990; “Referéndum a iniciativa del gobierno”; el artículo 67 del Proyecto constitucional de Mecklenburgo-Pomerania Anterior de julio de 1990: “Iniciativa de las ciudadanas y ciudadanos”.

nia Anhalt puede emplearse como un ejemplo para esta última institución:

1. El Parlamento del *Land* puede decidir plantear consultas populares para asuntos políticos importantes.
2. Las decisiones del Parlamento del *Land* y del gobierno del *Land* deben basarse en el resultado de la consulta al pueblo.

El reconocimiento sólido del papel de la oposición sigue la misma línea. Véase, así, el artículo 51 del Proyecto Constitucional de Mecklenburgo-Pomerania Anterior:

La oposición parlamentaria es un componente esencial de la democracia parlamentaria. La oposición tiene la tarea de valorar críticamente y controlar los programas de gobierno y las decisiones del gobierno. Está situada como una alternativa a los diputados y grupos parlamentarios que sostienen al gobierno. Disfruta, así, del derecho de iguales oportunidades políticas. En particular, no puede verse penalizada, con respecto a la mayoría y al gobierno, en la concesión de tiempos para hablar.

Finalmente, las regulaciones de los movimientos civiles tienen el mismo fundamento. Véase el artículo 19,2 de la Constitución de Berlín de 1948/1990: “Las asociaciones que se dediquen a tareas públicas e influyan al respecto en la formación de la opinión pública (movimientos de ciudadanos) disfrutan de especial protección constitucional como sujetos de la libre conformación, la crítica y el control sociales”.

Todo ello tiene sus razones evidentes. La revolución parcial de octubre en la (entonces) República Democrática de Alemania fue de hecho principalmente estimulada por las llamadas manifestaciones del lunes en Leipzig y en Dresde en 1989, bajo la pancarta de “*nosotros* somos el pueblo”, conocida exigencia que se encuentra literalmente en la “Muerte de Danton” de Georg Buchner (Acto I, Escena II), y que sólo luego se transformó en “*nosotros* somos *un* pueblo”. Esta libertad del pueblo, adquirida

por medio del ejercicio *de facto* de derechos fundamentales, tales como la libertad de manifestación, opinión y de prensa, que se manifestó literalmente en un “movimiento popular”, llamaba precisamente a que el pueblo tuviera su propia voz en las nuevas Constituciones de los *Länder*; es decir, a que se les tomara en serio, no sólo como el constituyente *de facto* en una situación tan excepcional como la derrocamiento del Estado totalitario de la República Democrática de Alemania, sino también como un protagonista esencial en la “normalidad” de la vida del nuevo Estado constitucional. Las formas de democracia referendaria, probadas durante mucho tiempo y desarrolladas en Suiza, sirven a este fin. Y dado que la Ley Fundamental de Alemania de 1949 parece unilateral a este respecto, al estar vinculada el modelo de la democracia representativa, los *Länder* germano-orientales deben ser animados a “atreverse a tener más democracia” (W. Brandt). Y este parece ser precisamente el camino elegido por los Proyectos de Constitución elaborados hasta ahora.

### *C. Formas y contenidos en la garantía de los derechos fundamentales*

Una tercera esfera en la que, gracias a la autonomía constitucional disfrutada por los Estados miembros en el marco del federalismo alemán, los nuevos proyectos y textos constitucionales de los *Länder* germano-orientales pueden obtener elementos frescos, algo que de hecho están haciendo, es el de la forma y el contenido de las garantías de los derechos fundamentales. En esta esfera, además, a diferencia de los “preámbulos” y las nuevas formas de democracia, la innovación puede operar dentro de límites más estrechos debido a la cultura consolidada de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental y la elaboración dogmática y jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal. La tradición de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental pone, así, un límite mayor a la libertad creativa de los constitu-

yentes de los *Länder*. A pesar de esto, pueden ser alentados a osar: es decir, pueden ser alentados a buscar su propia vía, diferente de la de la Ley Fundamental, y no a renunciar de forma totalmente apresurada a cualquier posibilidad de mayor crecimiento al optar por la solución ciertamente más confortable de adaptarse a ello.

Ejemplos de esto son los artículos extremadamente detallados sobre la materia del *habeas corpus*, que van más allá, en un sentido positivo, de lo que se contiene en la Ley Fundamental (*cf.* artículo 16 del Proyecto “Gohrisch” para Sajonia de agosto de 1990 y el artículo 4o. del Proyecto constitucional para Turingia, también de agosto de 1990). Hay igualmente artículos detallados sobre la protección de la información secreta (como el artículo 12 del Proyecto de Constitución para Sajonia-Anhalt y el artículo 8o. de la citada Constitución de Berlín 1948/1990). Los límites impuestos por la Ley Fundamental sobre el aborto, tal y como han sido concretizados por la Ley Fundamental<sup>74</sup> son, además, superados por la previsión del artículo 8o. de la citada Constitución de Berlín, de acuerdo con la cual: “Se garantiza el derecho de autodeterminación de la mujer, en especial el derecho al embarazo autodeterminado y a la interrupción del embarazo con arreglo a una solución de plazos”.

Mientras que en contra del tratamiento de las familias de hecho (por ejemplo, véase el artículo 34 del Proyecto de Constitución de Mecklenburgo-Pomerania Anterior y el artículo 17, 1, frase 2a. de la Constitución de Berlín de 1948/1990) en mi opinión no hay nada que censurar a partir del marco definido la Ley Fundamental, el “derecho” tan citado “a un espacio vital adecuado”, en cambio, debe entenderse como mero encargo constitucional, y no como derecho fundamental judicialmente reclamable, para ser conforme con la Ley Fundamental (véase, por ejemplo, el artículo 15,3 de la Constitución de Berlín de 1948/1990; el artículo 20 del Proyecto

<sup>74</sup> BVerfGE 39, 1, 42 y ss.

de Constitución de Turingia de agosto de 1990; el artículo 7,3 del Proyecto “Gohrisch” de Constitución de Sajonia).

En lo que respecta a los derechos fundamentales, hay dos campos en los que los Proyectos germano-orientales demuestran la vitalidad y el poder innovador del derecho constitucional *in nascendo* de los *Länder*, también por relación con el marco constitucional federal.

El primer campo se refiere a la afirmación de los derechos iguales reales para hombres y mujeres; es decir, la no discriminación (*cfr.* el artículo 6, 3, II de la Constitución de Berlín de 1948/1990: “El Estado debe promover la igualdad de las mujeres en el trabajo y en la vida pública, en la educación y la formación, en la familia y en el ámbito de la seguridad social”).

El segundo campo se refiere a la institución de los defensores del Pueblo, quienes efectivamente protegen los derechos fundamentales en un sentido amplio.<sup>75</sup> Aquí, el artículo 64 de la Constitución de Mecklenburgo-Pomerania Anterior de julio de 1990 es tan representativo como innovador:

1. Para proteger los derechos humanos y civiles, se establecen: un defensor de los ciudadanos, un defensor de los niños, y un defensor de la tercera edad, así como oficiales responsables en materia de igualdad entre hombres y mujeres, ejecución penal, asistencia social y extranjeros. Permanecen en el cargo por seis años y son elegidos por el Parlamento del *Land* por mayoría de dos tercios de sus miembros...;

3. Estos defensores y oficiales son independientes en el ejercicio de sus funciones y están sujetos sólo al derecho. El gobierno y la administración deben proveerles con los documentos que soliciten, permitirles entrar en oficinas públicas, proporcionarles

<sup>75</sup> Sobre este punto: Häberle, P., “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, 1972, p. 43, pp. 86 y ss., 125 y ss. [hay traducción española de Emilio Mikunda-Franco en *Pluralismo y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2002]; *ibidem*, “Praktische Grundrechtseffektivität”, *Die Verwaltung*, núm. 22, 1989, p. 409 (pp. 417 y ss.).

cualquier información necesaria y ofrecerles asistencia administrativa...;

5. Nadie puede ser perseguido o colocado en desventaja debido a solicitudes hechas a estos defensores y oficiales, es decir, por la información que se les dé.

#### *D. La disciplina del trabajo y la economía*

En las Constituciones germano-orientales, los nuevos textos en materia de derecho constitucional y economía son ricos en sutilezas. El énfasis en estos temas se explica fácilmente. Los constituyentes resucitados de la Alemania del Este querían apartarse del marxismo-leninismo (y del capitalismo estatal) y adoptar una economía social de mercado (y las garantías conectadas sobre la materia de la libertad económica); pero también quieren enfatizar la idea de justicia social (y del Estado social).

Aquí hay algunos ejemplos de ambas dimensiones de la cuestión.

El artículo 4,1 del Proyecto Constitucional de Turingia de agosto de 1990 contiene una fórmula de considerable novedad: “La vida económica debe basarse en los principios de una economía de mercado que es a la vez social y respetuosa de la ecología. La libertad económica de los individuos y asociaciones se garantiza dentro del marco de estos principios y del sistema constitucional en su conjunto”.

El Proyecto constitucional de Sajonia-Anhalt de 1990 contiene una regulación (artículo 28) de acuerdo con la cual: “La vida económica debe basarse en los principios de una economía de mercado que es a la vez social y respetuosa de la ecología. Debe tender a equilibrar el empleo, el crecimiento, la justicia social y la compatibilidad con el medio ambiente”. El parecido con el “cuadrado mágico” a que se refiere el artículo 1o. de la Ley de Estabilidad es notorio.

El Proyecto de Constitución de Brandenburgo de abril de 1990 urge a la introducción de una garantía para el derecho al

trabajo (artículo 36, 1). Y, en el mismo contexto, una fase particularmente madura de evolución textual puede verse en un Proyecto constitucional anterior, el de Sajonia de marzo del mismo año, que dice:

1. La vida económica debe basarse en los principios de justicia social, así como en aquellos de un mercado libre orientado ecológicamente, dirigido a garantizar a todos una existencia digna de la persona.
2. Dentro de estos límites, se garantiza la libertad económica del individuo.

Un “derecho al trabajo” se prevé en muchos de los Proyectos constitucionales de los *Länder* germano-orientales que se han conocido hasta ahora, lo que encaja en el marco de la Ley Fundamental sólo si se interpreta como un encargo constitucional, y no como un derecho fundamental social que pueda hacerse valer judicialmente (*cfr.* el artículo 20 de la Constitución de Berlín de 1948/1990; el artículo 36 del Proyecto Constitucional de Brandenburgo de abril de 1990; el artículo 29,1 del Proyecto Constitucional de Sajonia-Anhalt de 1990, sobre cuya base: “Todos tienen el derecho a trabajar y a la promoción laboral”).

#### *E. La protección del medio ambiente natural*

La protección del medio ambiente natural es un tema con el que los proyectos constitucionales germano-orientales están fuertemente comprometidos (son bien conocidos los grandes “pecados medio-ambientales” del socialismo real). Es en este sector donde es imperativo actualizar la Ley Fundamental alemana de 1949. Ninguno de los recientes intentos de insertar la protección medio-ambiental entre los objetivos de Estado ha tenido éxito.<sup>76</sup> Aunque en todas las Constituciones más recientes se po-

<sup>76</sup> Una buena iniciativa se tomó en el Informe de la Comisión de Expertos sobre la materia de los objetivos de Estado: *Deutscher Bericht der Sach-*

ne mucho énfasis en esta materia, e incluso los países en desarrollo están inventando nuevas y diferentes fases textuales,<sup>77</sup> en Alemania occidental sólo a algunas de las Constituciones de los *Länder* se les han añadido cláusulas de protección medio-ambiental (*cfr.* el artículo 3,2 de la Constitución de Baviera: “El Estado protege los recursos naturales de la vida y las tradiciones culturales”; el preámbulo de la Constitución de Hamburgo, apartado 5: “Las fuentes naturales de la vida quedan bajo la protección especial del Estado”).

Es, así, muy importante para los legisladores constituyentes germano-orientales explotar el amplio margen que se les otorga en esta materia, y pueden incluso estimular cambios constitucionales futuros a la Ley Fundamental.

El preámbulo mencionado del Proyecto Constitucional de Mecklenburgo-Pomerania Anterior de 1990 contiene también un pasaje dedicado a la ecología, el único de su tipo, incluso a escala internacional: “...reconociendo que los hombres no pueden dominar la naturaleza, ya que sólo pueden continuar formando parte de la cadena biológica si no la destruyen...”.

En el mismo Proyecto, el concepto de medio-ambiente surge sistemáticamente en varios puntos, por ejemplo respecto de los principios económicos (artículo 8,1: “medio ambiente sano”), respecto del derecho constitucional de la cultura (artículo 16,2: “Los monumentos y lugares de cultura... y la naturaleza deben ser salvaguardados y cuidados”), en el capítulo sobre derechos fundamentales (artículo 42: el acceso a los lugares de belleza natural se permite “dentro de la observancia de los principios de la protección del medio-ambiente”).

Las muchas formas en las que la protección medio-ambiental se encuentra en los Proyectos germano-orientales se demuestra

*verständigenkommission Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge*, 1983, pp. 130 y ss.

<sup>77</sup> Sobre la materia, P. Häberle, “Die Entwicklungsländer im Prozess der Textstufenentwicklung des Verfassungsstaates”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 1990, pp. 225 y ss.

también por la existencia del objetivo educativo de la “responsabilidad ecológica” (*cf.* el artículo 19 del Proyecto Constitucional de Sajonia de marzo de 1990, al que se añade el artículo 27, 2 del Proyecto de Constitución de Turingia de agosto de 1990; de nuevo en el Proyecto de Sajonia, véase también la primera sección del capítulo “Bases de la vida, el hombre y el Estado”, así como el artículo 8,1, de acuerdo con el cual: “Las bases naturales de la vida y el medio-ambiente natural disfrutan de la protección del *Land*”; y finalmente, para completar técnico-organizativamente esta declaración, véanse los artículos 94-96 del mismo Proyecto, estableciendo una autoridad medio-ambiental con funcionarios medio-ambientales del *Land*).

El artículo 34 del Proyecto de Constitución de Sajonia-Anhalt de 1990 contiene un artículo particularmente detallado sobre la materia de la protección medio-ambiental. Esta previsión establece que:

1. La protección del medio-ambiente, como el fundamento de la vida de las generaciones presentes y futuras, es un deber del Estado y de todos sus ciudadanos.
2. La política estatal medio-ambiental debe adoptar medidas para evitar el daño medio-ambiental y debe actuar de modo tal que los recursos se usen austeramente y los materiales brutos no renovables sean reciclados...
3. El daño serio al medio-ambiente, o que lo ponga en peligro, sólo puede permitirse con el alcance con que sea necesario para proteger intereses colectivos mucho más importantes.
4. Nadie puede ser dañado, o puesto en peligro, en su salud debido a cambios perjudiciales en las bases naturales de la vida. La información sobre el estado del medio-ambiente es pública.
5. Por los daños al medio-ambiente es responsable el causante con fundamento en la ley.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> Es igual de completo el artículo 22 de la Constitución de Berlín de 1948/1990 sobre la salvaguarda del medio-ambiente; el artículo 10,1, 1 del Proyecto constitucional “Gohrisch” para Sajonia de agosto de 1990 habla de un deber fundamental: “Proteger el medio-ambiente como un fundamento para la

Los elementos de lo que podría concebirse como un derecho constitucional del medio-ambiente, cuando se toman como un todo, forman un mosaico muy variado, que va desde los preámbulos hasta los derechos fundamentales, las tareas del Estado y de aquellas personas particulares que son responsables de la protección medio-ambiental, pasando por los objetivos educativos. La política constitucional, adecuadamente aconsejada por la doctrina constitucionalista, puede ponderar las ventajas y desventajas de cada figura textual. No es, sin embargo, aconsejable insertar todas las piezas del mosaico en una única Constitución. Podría correrse el riesgo de una sobrecarga “barroca” del Estado constitucional y al final se estaría degradando la filosofía medio-ambiental misma. Así, las dosis adecuadas de “partes elementales” individuales, o figuras textuales, de derecho medio-ambiental deberían insertarse en las Constituciones de cada Estado miembro. Es obvio que una comparación constitucional interna (extendida, por tanto, a las propuestas germano-orientales) puede dar nuevos impulsos a la propia Ley Fundamental como Constitución del Estado federal. Así, puede lograrse una suerte de “competencia” en política constitucional dentro del mismo Estado federal, una competencia a la que, en la Alemania unida de 1990/1991, debe dejársele amplio espacio.

F. *La nueva disciplina constitucional de la cultura (incluyendo la protección de las minorías y el derecho eclesiástico)*

El derecho constitucional de la cultura, tal y como está adoptando su forma en los Proyectos germano-orientales, está caracterizado por una gran variedad textual y una gran riqueza de figuras multiformes. Dado que el *renaissance* de los *Länder* germano-orientales se debe principalmente a la cultura, y dado

vida de las generaciones presentes y futuras es un deber del *Land* y una obligación para todos en el *Land*”.

que el federalismo cultural es el rasgo específico del estatus nacional germano-federal, el potencial innovador del derecho de la cultura germano-oriental representa la mejor prueba de la vitalidad del Estado federal. Los procesos de producción y asimilación mutua entre los *Länder* germano-orientales, pero también entre ellos y los viejos *Länder* del Oeste, así como el examen de otros Estados federales y sus derechos constitucionales culturales (sobre todo, Suiza y Austria<sup>79</sup>) ha introducido ya elementos dinámicos en el material textual. Es, además, de esperar que la Alemania oriental no exagere en su adaptación a los modelos externos, sino que preserve su propia individualidad. Esto beneficiaría incluso a la Ley Fundamental como Constitución del Estado federal.

Se destacarán ahora a continuación algunas categorías particularmente significativas del derecho constitucional de la cultura.

*a.* Cláusulas culturales generales y específicas  
sobre el patrimonio cultural, las regulaciones  
de los festivos

La Constitución de Berlín de 1948/1990, en su artículo 12, 4, 2a. frase, establece que: “El Estado promueve la vida cultural, así como la preservación y la transmisión del patrimonio cultural a través de la disponibilidad de partidas presupuestarias”.

Este tipo de cláusula sobre la herencia cultural, que también se encuentra en otros sitios, representa justamente uno de los aspectos del problema. En el espíritu de un concepto abierto y pluralista de cultura, las cláusulas culturales deben también abrirse a las formas y contenidos de la cultura del futuro.

El artículo 1,1 del Proyecto Constitucional de Mecklenburgo-Pomerania Anterior de julio de 1990 tiene una cláusula sobre la identidad cultural: “A fin de proteger la identidad cultural y

<sup>79</sup> Cfr. Häberle, P., “Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz”, *Jarhbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 34, 1985, pp. 303 y ss.

los rasgos paisajísticos especiales, se establecen en Mecklenburgo y Pomerania Anterior territorios con poderes autónomos”.

El artículo 11 del Proyecto “Gohrisch” de Sajonia de 1990 contiene una previsión sobre la promoción de la cultura (“El *Land* promueve la creación cultural, artística y científica. Toda la población debe ser capaz de participar en la cultura”), después de que el artículo 1o. (objetivos fundamentales del Estado) haya proclamado ya que: “El *Land* es un Estado de cultura”.

El artículo 40,1 del Proyecto de Turingia de agosto de 1990 contiene la siguiente variante: “La variedad y belleza del paisaje de Turingia, como la riqueza de su historia y cultura, constituyen bienes muy preciosos que pertenecen al pueblo. Todos están obligados a cuidarlas y protegerlas”.

En cuanto a las regulaciones sobre los festivos oficiales, el artículo 11,6 del Proyecto de Sajonia de marzo de 1990 es una empresa pionera. Dice: “En Sajonia, aquellos que pertenecen a las minorías nacionales, dondequiera que puedan residir, pueden celebrar sus propios días festivos particulares sin perjuicio de sus relaciones laborales o de servicio”. Y en el mismo artículo se contiene una lista de excepciones, sin par en las leyes germano-occidentales sobre festivos oficiales,<sup>80</sup> estableciendo que: “Cuando haya festivos oficiales, debe respetarse el descanso de trabajar, excepto para necesidades urgentes de la humanidad, de la defensa civil o de naturaleza técnica, o si las necesidades básicas de la sociedad o de orden constitucional no exigen otra cosa”.<sup>81</sup>

La búsqueda infatigable de nuevos textos sobre la materia del derecho eclesiástico (un sector especial del derecho constitucional de la cultura) se prueba por los dos siguientes ejemplos.

El artículo 110,1 del Proyecto “Gohrisch” de Sajonia establece que: “Se reconoce la importancia de la Iglesia y las Comuni-

<sup>80</sup> Véase Häberle, P., *Feiertage als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987; *ibidem*, *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, 1988.

<sup>81</sup> Para los artículos sobre la protección de los serbios, véase *infra*, punto IV, 4.

dades religiosas para la conservación y consolidación de las bases morales de la vida humana”. Y el artículo 113,3 del mismo Proyecto marca nuevos senderos:

Los edificios monumentales de las Iglesias y de las comunidades religiosas se consideran, sin perjuicio del derecho de propiedad, bienes culturales que pertenecen a la colectividad. Las Iglesias y las Comunidades religiosas, por tanto, tienen el derecho a esperar que el *Land* o los titulares municipales de la autonomía participen adecuadamente en los costes de mantenimiento estructural.

El Proyecto de Constitución de Turingia de agosto de 1990 añade, en el artículo 51,1, frase 2a., la siguiente nueva frase al principio de separación entre Estado e Iglesia: “Es incuestionable el derecho de las Iglesias y las Comunidades religiosas a adoptar una posición, desde su punto de vista, sobre las cuestiones vitales de pueblo”. Esta frase ciertamente constituye también un reconocimiento de la obra llevada a cabo por las Iglesias durante la revolución pacífica de 1989.

*b.* Derechos fundamentales en materia cultural:  
su multidimensionalidad

En su forma textual clásica, los derechos fundamentales relativos a la cultura (tales como la libertad de arte y de ciencia) han sido “cristalizados” hace mucho. Constituyen una parte central del derecho constitucional de la cultura también en un Estado federal. Y es ciertamente de primera importancia para el renacimiento del estatus nacional cultural de los *Länder* germano-orientales abrir el concepto de cultura, encontrando ello expresión en la pluralidad de sus sujetos: *Länder*, municipios, Federación y ciudadanos particulares.

La manipulación de la cultura por el marxismo-leninismo hace enteramente comprensible el énfasis enérgico del *status negativus* de las libertades culturales. Confróntese, a este respecto, el

artículo 17,1 del Proyecto de Constitución de Sajonia-Anhalt de 1990, que establece que “nadie debe ser obstaculizado en sus creaciones espirituales o artísticas y en la difusión de sus escritos”.

Otros artículos en los proyectos sobre la promoción cultural vinculan la idea de participación con las estructuras estatales que apoyan a los derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 11 del “Proyecto Gohrisch” de Sajonia:

El *Land* promueve la creación cultural, artística y científica. Debe permitirse participar en la cultura a toda la población. A este fin, debe asegurarse la conservación de los museos, bibliotecas, archivos y monumentos accesibles al público, teatros, y otras instituciones culturales, así como de todas las universidades, escuelas y otras instituciones educativas abiertas al público.

Es justamente el aspecto participatorio de la libertad cultural lo que no debe descuidarse en los *Länder* germano-orientales. Es también necesario para muchas de las instituciones culturales que sean apoyadas por la Alemania occidental, tanto por la Federación como por los *Länder*. El Tratado de la Unificación (véase, *infra*) anuncia grandes retos, y no sólo financieros, para la Alemania unida en este campo.

Y esto es quizás la revancha de la “cuarta dimensión” —la dimensión cultural (además de las dimensiones política, económica y social)— de la unificación alemana, por haber sido “olvidada”. Dado que Alemania debe su supervivencia, después de cuarenta años de división entre la República Federal y la Democrática, a su estatus como nación (en un sentido cultural), debe ahora comprometerse totalmente con la cultura, dando vida —es decir, haciendo realidad mediante la necesaria financiación— a las cláusulas culturales generales y especiales, así como a las dimensiones objetivas de la promoción cultural presentes en los derechos fundamentales.

### c. Objetivos educativos

Los objetivos educativos son un componente tradicional del derecho constitucional (de la cultura) de los *Länder* alemanes.<sup>82</sup> Y es evidente que, después de la dictadura educativa de la República Democrática de Alemania, los legisladores constituyentes germano-orientales están siendo muy cuidadosos en su uso de este “aspecto blando” del derecho constitucional, como lo confirman los primeros textos que han surgido.

Así, por ejemplo, el artículo 13,4 del Proyecto de Constitución de Mecklenburgo-Pomerania Anterior de julio de 1990 establece que: “En el espíritu de esta Constitución, la escuela debe educar a gente responsable. A través de la cultura, contribuye a educar a gente joven —en el espíritu de vivir pacífica y amigablemente con otros pueblos— en un respeto profundo por la vida, la tolerancia religiosa y la democracia”.

Y de nuevo, el artículo 19 del Proyecto de Sajonia de marzo de 1990 enfatiza: “La gente joven debería ser educada —en el espíritu del respeto por sus vecinos y sus intereses, así como en el de la protección del medio ambiente natural, de la hermandad, amor a la paz, al pueblo y a su nación— en las responsabilidades morales, ecológicas, políticas y sociales, en el compromiso laboral y educativo, en los ideales de la libertad y la democracia”.

El Proyecto es coherente al incluir la protección del medio-ambiente natural entre los objetivos educativos. Por decirlo así, aborda la “otra” cara de la protección medio-ambiental, la educativa. Ciertamente, un objetivo de “educación sobre los derechos humanos” o sobre la Constitución en su conjunto también debería preverse expresamente. A pesar de esta crítica, los ejemplos dados muestran cómo, en el campo específico de la educación, los *Länder* germano-orientales están también intentando

<sup>82</sup> Cfr. las referencias en Häberle, P., “Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele”, *Festschrift für Huber*, 1981, pp. 211 y ss.; *ibidem*, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1982.

vincularse con los *Länder* germano-occidentales y más en general, con el desarrollo del Estado constitucional.<sup>83</sup> Es verdad que no se aventuran más allá de los cánones germano-occidentales en la materia de los objetivos educativos. Sin embargo, no es imposible que en el futuro consigan ensanchar el alcance del derecho constitucional de la cultura para toda Alemania.

## 2. *¿Una nueva articulación territorial de una Alemania unida?*

Después de la terminación del proceso de unificación, al considerar el problema político-constitucional de una nueva división del territorio federal, el artículo 29 de la Ley Fundamental (refiriéndose a la revisión territorial de la división federal) debería interpretarse de un modo científico-cultural, como se ha tratado por el autor en otras ocasiones.<sup>84</sup> El ministro de Finanzas de Baviera, G. Von Waldenfels, ha planteado recientemente una ofensiva en esta dirección,<sup>85</sup> reclamando la abolición, y subsecuente reagrupación en entidades mayores, de algunos de los *Länder* más pequeños. Es significativo que esta exigencia se hizo cuando hablaba al Parlamento del *Land* sobre el presupuesto (¡!).

En opinión de Waldenfels, el “federalismo saludable” estaría amenazado si, debido a la debilidad financiera de algunos *Länder*, la Federación fuera constantemente alentada a interferir en sus asuntos internos. Así, sería un problema de equidad financiera forzar una nueva división del territorio federal. Y las formaciones políticas incapaces de sobrevivir serían, siempre de acuerdo con Waldenfels, Saarland, Bremen y Mecklenburgo-Pomerania Anterior.

<sup>83</sup> Véase, por ejemplo: artículo 131 de la Constitución de Baviera, artículo 33 de la Constitución de Renania-Palatinado, y artículo 26 de la Constitución de Bremen (citas de acuerdo con *Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 3a. ed., 1988).

<sup>84</sup> Sobre este punto, Häberle, P., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980.

<sup>85</sup> Cfr. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, del 31 de enero de 1991, p. 6.

Frente a estas ofensivas por los ministros “de Finanzas”, debe considerarse afortunado que el artículo 29 de la Ley Fundamental, que tenía originalmente la naturaleza de una previsión vinculante, debido a la reforma constitucional de 1976, se haya transformado en una previsión facultativa. Esto deja a los poderes políticos amplios márgenes de maniobra en el futuro. El artículo 29 de la Ley Fundamental hace “posible” una nueva división territorial, pero no la impone. El cambio realizado en la regulación se basa en la consolidación de los *Länder* existentes, colocando a la redivisión territorial “en la esfera de lo políticamente practicable”.<sup>86</sup> El problema ya había sido estudiado por dos comisiones de expertos: la Comisión Luther del canciller del Imperio Luther (1955), que no consideró que fuera necesaria una amplia nueva división territorial de los *Länder*, y la llamada Comisión Ernst de 1972, que recomendó establecer un *Land* nordoccidental, compuesto por los *Länder* de la Baja Sajonia, Schleswig-Holstein, Hamburgo y Bremen, así como unir Renania-Palatinado y Hesse.<sup>87</sup>

Cada una de las dos mitades (occidental y oriental) del territorio federal serán tratadas separadamente aquí, incluso aunque a veces pueda haber vínculos entre ellas.

No es sólo el *status quo* de poder, el económico y el de los partidos políticos, como tal lo que urge en contra de una redivisión en el Oeste, sino también, y especialmente, la fuerte identidad cultural que se ha desarrollado en los nueve *Länder* occidentales (que no hace aconsejables cambios territoriales). La variedad de voces, concordantes y discordantes, en el concierto general de los *Länder* occidentales no debería alterarse por una nueva división, y ni siquiera con la disolución de los *Länder* pequeños.

<sup>86</sup> Así, con razón: Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, volumen I, 2a. ed., 1984, p. 244.

<sup>87</sup> Detalles en Stern, K., *op. ult. cit.*, p. 243.

En su peculiaridad, las dos ciudades anseáticas (Hamburgo y Bremen) son igualmente indispensables para el federalismo cultural alemán como Renania-Palatinado y Hesse. Al final, son precisamente los once viejos *Länder*, en su diversidad, los que constituyen el pluralismo cultural desarrollado en más de cuarenta años, y la división de poderes en la experiencia conseguida por la Ley Fundamental. En un tiempo en el que se lucha por las pequeñas entidades en toda Europa (la Europa de las Regiones), no deberían “construirse” entidades mayores. Además, el crecimiento de la “mitad federal” germano-oriental se haría difícil si precisamente ahora los procesos actuales de identificación en el Oeste tuviesen que verse perturbados por una redivisión aquí. ¡Hay algo semejante al “fuerza normativa de lo cultural” (¡y no sólo de hecho!). Los *Länder* germano-occidentales han arraigado en la conciencia de los alemanes. No pueden, por tanto, cuestionarse, ni siquiera por exigencias de eficiencia o por razones financieras.

Unas palabras sobre la redivisión territorial en la Alemania oriental. En mi opinión, se requiere aquí una sensibilidad incluso mayor; sobre todo el Oeste debería abstenerse de plantear demandas. No debe olvidarse que fue una suerte de “milagro de la cultura” para los cinco *Länder* germano-orientales ser resucitados después de la revolución pacífica de Octubre.

Puede haber controversia sobre adónde pertenecen las áreas fronterizas, pero lo que cuenta es cómo de intensamente los habitantes de la Alemania oriental se sienten ciudadanos de Sajonia, Sajonia-Anhalt, Turingia, Mecklenburgo-Pomerania Anterior o Brandenburgo. Fueron (y todavía son) los *Länder* resucitados los que dieron apoyo, significado, dignidad y libertad a la conciencia, autorespeto y orgullo de los alemanes orientales durante el proceso que condujo al colapso de la República Democrática de Alemania, el Estado centralista del *Partido Socialista Unificado de Alemania*.

Si tuviese que llegarse a nueva división hoy a través de una ley federal, adoptada tras oír al *Land* implicado y mediante con-

firmación por referéndum (como lo exige el artículo 29 de la Ley Fundamental), podría parecer como un intento por el Oeste de vigilar al Este. Ni siquiera, y precisamente, a la mano “regulativa” y económicamente más fuerte de los alemanes occidentales se les permite reducir a aquellos cinco *Länder* orientales que lograron sobrevivir en un sentido cultural, en las profundidades de la conciencia popular, incluso durante los cuarenta años del centralismo de la República Democrática de Alemania.

Sería un asunto diferente si las iniciativas vinieran de los propios *Länder* orientales. El Tratado de Unificación de 1990 indica un camino fácil a tomar. Hace dos años, bajo el epígrafe “Revisiones constitucionales futuras”, se permitió a los órganos reguladores de la Alemania unida empezar a reconstruir el área de Berlín-Brandenburgo “por medio de acuerdos de los *Länder* implicados, a pesar de las previsiones del artículo 29 de la Ley Fundamental”.

¡Este rechazo a dividir a los *Länder* en el Este y en el Oeste no debería evitarse en el nombre de la “igualación financiera”! Es esta última la que debería ajustarse a los *Länder* existentes, y no, al revés, imponer la igualación financiera, por difícil que pueda ser, una reconstrucción territorial de los mismos *Länder*.<sup>88</sup> Las dificultades de reconstrucción de (y en) los *Länder* germano-orientales debería ser abordada a través de formas intensas de federalismo cooperativo, por medio de ayuda legislativa, administrativa, financiera y económica del Oeste al Este. El Tratado de Unificación tiende a moverse correctamente a este respecto (*cf.* los artículos 15, 2-4; 31,3; 35,6 y 7; 39,3). Las formas posibles de cooperación pueden implicar tanto a las relaciones entre

<sup>88</sup> Con buenas razones, el presidente ministerial de Mecklenburgo-Pomerania Anterior, Gomolka, exigió mayor ayuda financiera de la Federación y de los viejos *länder* para permitir al *Land* tener una existencia independiente, apelando a la “comunidad unida del sistema federal” (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 10. de diciembre de 1990). El Presidente ministerial de Brandenburgo, Stolpe, también exige más ayuda financiera de la Federación y los *länder*, incluso amenazando con una demanda ante el Tribunal Constitucional Federal (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 7 de diciembre de 1990, p. 4).

la Federación y los *Länder* orientales como también, y no faltan ejemplos,<sup>89</sup> las relaciones entre los *Länder* orientales y los occidentales.

### 3. *¿Una cláusula del Estado cultural a insertar en la Ley Fundamental de la Alemania unificada?*

La posibilidad de insertar una cláusula escrita del Estado de la cultura en la Ley Fundamental ha estado ahora sometida a debate durante algún tiempo.<sup>90</sup> Los argumentos a favor y en contra fueron desarrollados adecuadamente en el periodo previo a la unificación. El problema es si, tras la terminación del proceso de unificación, este asunto político-constitucional debe también ser abordado en términos nuevos.

Pienso que sí, por numerosas razones. El Tratado de Unificación, formal y básicamente, elevó no sólo una cláusula general del Estado de la cultura, sino también tareas específicas de promoción cultural, al rango de derecho federal, con la mayoría de 2/3 prevista para la reforma de la Constitución (artículos 35 a

<sup>89</sup> En noviembre de 1990, Brandeburgo y Renania del Norte-Westfalia celebraron un acuerdo de cooperación "en todos los sectores apropiados de política regional" (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 29 de octubre de 1990, p. 4) y al mismo tiempo se estableció una cooperación entre Berlín y Brandeburgo en el marco de una suerte de relación trilateral. Hay en el texto una declaración común (citado por *Frankfurter Allgemeine Zeitung*): "conscientes de los vínculos existentes entre los *länder* de Berlín y Brandeburgo y a la vista de la tarea de reconstrucción del *Land* de Brandeburgo así como de la reunificación del *Land* de Berlín, hasta hace poco dividido, saludamos el gran apoyo de Renania del Norte-Westfalia al *Land* de Brandeburgo como un paso esencial hacia la creación de condiciones vitales uniformes e iguales también en la Región de Berlín-Brandeburgo". Poco después, se concluyó un acuerdo administrativo (para ayuda respecto a la protección medio-ambiental) entre Postdam y Dusseldorf (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 20 de diciembre de 1990).

<sup>90</sup> Häberle, P., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980, pp. 54 y 59; *Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträgen*, 1983, pp. 169 y ss.; Wienholtz, E., Arbeit, "Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen", *Archiv des öffentlichen Rechts* 109, 1984, pp. 532 y ss.

39). Ello da nueva fuerza al debate sobre si introducir dicha cláusula en la Ley Fundamental. Uno podría incluso preguntarse si una cláusula escrita del Estado de la cultura no existe realmente gracias a las últimas piezas añadidas al Tratado de Unificación.

La autocomprensión de la República Federal unificada como un Estado de cultura se demuestra de forma textual precisamente en el Tratado de Unificación. Y este aspecto no debería ser se-pultado bajo los problemas técnicos, por importantes que sean, que este Tratado plantea día tras día. Formal y básicamente, sólo se necesita un pequeño paso para insertar el “Estado de la cultura” como objetivo en la Ley Fundamental, ya que el Tratado sitúa en la agenda a las “reflexiones sobre la inserción en la Ley Fundamental de las previsiones sobre objetivos de Estado”.

De hecho, la República Federal como conjunto, al igual que los *Länder* de que se compone, ha sido un Estado de cultura “no escrito” desde hace algún tiempo. Y la culminación de la unidad alemana fue también el resultado de la supervivencia de Alemania como una nación cultural.<sup>91</sup> Por tanto, debería ser una consecuencia natural ratificar la idea del Estado de cultura con un principio constitucional, en conexión con la terminación de la unidad alemana. Sólo existe la posible objeción de que esto podría causar una resaca de la jurisdicción centralista a favor de la Federación, como un Estado de cultura. Y esto es un peligro que tiene que tomarse seriamente en consideración. Puede, sin embargo, alegarse que esta cláusula debe insertarse en el artículo 28 y no en el artículo 20 de la Ley Fundamental, siguiendo una propuesta de 1980. El nuevo texto podría, así, decir lo que sigue: “El sistema constitucional de los *Länder* debe estar en correspondencia con los principios del Estado de derecho republicano,

<sup>91</sup> Véase, sobre este argumento como el único paréntesis durante la división alemana, mi opinión en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 38, 1989, pp. 114-117.

democrático y social en el sentido de la Constitución federal, así como con el principio del Estado de cultura”.

De este modo, la Ley Fundamental evitaría ayudar a un aplastamiento centralista del concepto de Estado de cultura, e impediría una expansión excesiva de la Federación en asuntos culturales. Se dejaría a los *Länder* suficiente espacio para desarrollar su propia identidad y creatividad cultural: una identidad y creatividad de la que los *Länder* germano-orientales han dado prueba durante el proceso que condujo a su “redespertar”, y del que siguen teniendo necesidad apremiante, tanto por la competencia con los viejos *Länder*, como en la esfera de la Comunidad Europea.

Anclar la idea de “Estado de cultura” en la cláusula de homogeneidad contenida en la Ley Fundamental no constituye una contradicción en sí, en todo caso en términos dialécticos. La nueva cultura *unitaria* de Alemania como un Estado federal (la Federación y los *Länder*) vive de la variedad de “panoramas culturales” de los Estados miembros (y al revés). Así, a los nuevos *Länder* se les ha dejado suficiente margen para construir su propio derecho constitucional de la cultura y para osar a innovar sin estar dolorosamente constreñidos a una idea de cultura fijada a escala federal. De hecho, los Proyectos germano-orientales demuestran una conciencia plena de todo esto. La cultura puede regularse en un sentido general. Las “provocaciones” por parte de los *Länder* son bienvenidas en este sentido; pero cualquier ajuste al estándar de la Ley Fundamental debe ser desalentado.

Gracias a dicha cláusula del Estado de la cultura, la unificación alemana pudo, a tiempo, ganar crédito como un proceso profundamente cultural. La nueva, pero también la vieja, Alemania adquiriría así una legitimación específica a partir de las profundidades de su historia cultural y la amplitud de su futuro en la variada Europa.

La perspectiva europea también justifica insertar tal cláusula del Estado de cultura en la Ley Fundamental. La citada cláusula pudo representar un baluarte para evitar que la soberanía cultural de los *Länder* alemanes fuese aplastada por la Comuni-

dad Europea. Es sabido que el eurocratismo de Bruselas está también intentando atraer competencias en materias culturales.<sup>92</sup> Al derecho constitucional de la cultura a escala europea, aunque existe,<sup>93</sup> no puede permitírsele erosionar el derecho constitucional de la cultura de los *Länder*. Una cláusula del Estado de cultura en la República Federal de Alemania podría, así, ser un buen argumento “en contra de Bruselas”.

4. *¿La inserción en la Ley Fundamental de una regulación que proteja a grupos étnicos, sobre la base del modelo del artículo serbio (artículo sobre la minoría serbia)?*

En la Alemania del Este, la protección de la minoría serbia ha ocasionado una evolución histórica y continúa haciéndolo así, con variantes ricas y vitales, en los Proyectos de Constitución más recientes. La propia Constitución de la República Democrática de Alemania de 1974 decretó en su artículo 40 que: “Los ciudadanos de la República Democrática Alemana de nacionalidad serbia tienen el derecho a disfrutar de su propia lengua madre y de su propia cultura. El ejercicio de este derecho es alentado por el Estado”.<sup>94</sup>

Las regulaciones que protegen a los serbios son, así, un elemento del derecho constitucional de la cultura *in nascendo* de

<sup>92</sup> Sobre ello, *cfr.* Schröder, M., “Bundesstaatliche Erosionen der europäischen Integration”, *Jarhbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 35, 1986, pp. 83 y ss.

<sup>93</sup> Véase, a este respecto, mi contribución: “Europa in kulturverfassung-rechtlicher Perspektive”, *Jarhbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 32, 1983, pp. 9 y ss.

<sup>94</sup> Es de mencionar el artículo 11 de la Constitución de la República Democrática de Alemania de 1949, citado por *Deutsche Verfassungen*, editadas por Schuster, R., 13a. ed., 1980: “Las partes de la población de la República con una lengua materna extranjera deben ser alentadas por la legislación y la administración en su desarrollo étnico; en particular, no deben ser obstaculizadas en el uso de su lengua materna en la escuela, en la administración interna y en la administración de justicia”.

los *Länder* germano-orientales. El Proyecto "Gohrisch" de Sajonia (1990) ofreció una versión textual particularmente madura, como la que se halla en la protección garantizada a la minoría danesa en Schleswig-Holstein.<sup>95</sup>

Algunos han propuesto insertar, al actualizar la Ley Fundamental, una regulación sobre la protección de la minoría serbia. Esta es una buena oportunidad, aunque no la única razón, para abordar el problema de principio. Es decir, considerar si una previsión especial sobre grupos étnicos no debería introducirse textualmente en la Ley Fundamental reformada: un artículo 28 *a* dedicado a la minoría serbia. Deberíamos ahora preguntarnos por las razones para dicha opción y sobre la forma textual que esta previsión podría posiblemente adoptar.

Creo que la cuestión principal debe responderse en afirmativo. En este momento, en la esfera de aplicación de la Ley Fundamental, hay sólo una minoría cultural reconocida como tal que también tiene que ser salvaguardada en un sentido territorial: la serbia. Sin embargo, su protección no sólo debe garantizarse a escala de los *Länder*, sino también a escala de la Federación (y, por ello,

<sup>95</sup> El artículo 6 del Proyecto Gohrisch de Sajonia de agosto de 1990:

"1. El *Land* respeta los intereses de las minorías nacionales que viven en él. Asegura y protege el derecho a conservar su identidad nacional y a mantener su propia lengua, religión, cultura y tradición.

2. La lengua y cultura de los serbios disfruta de una promoción especial por el *Land*. Las especiales necesidades vitales de los serbios serán tenidas en cuenta en el planeamiento municipal y del *Land*".

El artículo 11 del Proyecto de Constitución de Sajonia de marzo de 1990: "En Sajonia, aquellos que pertenezcan a minorías nacionales pueden disfrutar de sus propios días festivos, establecidos por la ley, sin perjuicio de sus relaciones laborales o de servicio, siempre y cuando puedan residir dentro del *Land* de Sajonia". El artículo 5o. de la Ley del *Land* de Schleswig-Holstein de 1990:

"1. Todos son libres de pertenecer a una minoría nacional; esto no les exonera de observar los deberes civiles generales.

2. La independencia cultural y la participación política de las minorías nacionales y grupos étnicos se ubican bajo la protección del *Land*, de los municipios del *Land* y de las asociaciones de municipios. La minoría nacional danesa y el grupo étnico frisón tienen derecho a la protección y a la promoción".

de la Ley Fundamental), tanto más si uno considera que la Ley Fundamental no puede ser más atrasada que la Constitución de la República Democrática de Alemania de 1974 a este respecto.

Debe tomarse también en cuenta que los miembros del grupo serbio viven tanto en Sajonia como en Sajonia-Anhalt, por tanto en un área que va más allá de las fronteras de un único *Land*; esto tiene necesariamente una significación para el Estado federal mismo. Además, una previsión que protege a las minorías étnicas, en la que se menciona a los serbios como un ejemplo, podría servir también como modelo para otros países. La muy alabada Ley Fundamental podría demostrar protección para las minorías similar a la que el Estado constitucional, como tipo, reclama tanto de los Estados constitucionales que se están formando (como Polonia con referencia a Silesia) como de los Estados constitucionales “clásicos” (como Francia con relación a la Alsacia). Además, debería reforzar las garantías de las minorías contenidas en los textos internacionales sobre la materia de los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sobre cuya base: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Finalmente, y sobre todo, debería crearse en la Ley Fundamental una forma de contenedor que fuera útil para minorías futuras. Puede debatirse si Alemania no ha sido un país de inmigración hace algún tiempo, con muchos grupos étnicos (en el sentido de minorías), si no se va a caminar hacia una sociedad multicultural (especialmente, si se hace más fácil para los extranjeros acceder a la ciudadanía) y si los previsibles flujos migratorios del Este de Europa “hacia el Oeste” no se incrementarán dramáticamente.

Es, en cualquier caso, cierto que habrá una necesidad creciente de una protección cultural de las minorías. Y será cada vez más

reconocido que la garantía de la dignidad de la persona, tal y como se establece en el artículo 1,1 de la Ley Fundamental, y la libertad de lenguaje, como un derecho fundamental que deriva de aquella, exige un tipo corporativo de garantía (en la forma de una previsión que protege a las minorías y a los grupos étnicos).<sup>96</sup>

Todo ello habla a favor de añadir una previsión general sobre las minorías étnicas en la Ley Fundamental. Teniendo en cuenta el análisis del material textual existente, incluyendo el que se encuentra en las Constituciones de los países en vías de desarrollo, esta previsión, a insertarse como artículo 28 a) de la Ley Fundamental, podría decir lo que sigue:<sup>97</sup>

1.- Todo el mundo es libre de pertenecer a una minoría étnica, religiosa o lingüística; ello no les exonera de la observancia de los deberes generales.

2.- La autonomía cultural y la participación política de tales minorías y, en particular, de la Comunidad serbia, están bajo la protección de la Federación, los *Länder* y los municipios.

3.- Aquellos que pertenezcan a tales minorías tienen el derecho, junto con otros miembros del mismo grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a usar su lengua madre libremente, tanto en privado como en público.

La identificación de las minorías sobre la base de la raza, la religión y el lenguaje es abordada por el artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. La distinción basada en el elemento nacional (propuesta por el Proyecto "Goh-risch" de Sajonia sobre la protección de los serbios) es, al mismo tiempo, demasiado extensa y demasiado restrictiva. Además, la

<sup>96</sup> En particular, véase mi contribución: "Sprachenartikel und Sprachenprobleme im Verfassungsstaat (nicht nur der Schweiz)", *Festschrift für Pedrazzini*, 1990, pp. 105 y ss.

<sup>97</sup> Sobre esta materia, véase mi contribución: "Die Entwicklungsländer im Prozess der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates", *Verfassung und Recht in Übersee*, 1990, p. 225 (p. 271).

protección otorgada a la lengua madre debería también extenderse a las esferas administrativa y jurídica: debería, por tanto, garantizarse también en el aparato estatal, y no sólo en la sociedad. Finalmente, la protección corporativa de una minoría cultural debe incluir la regulación de los festivos oficiales. Hacen referencia a ello los Proyectos de Sajonia, el artículo 68 de la nueva y de la vieja Constitución húngara (1948/1989),<sup>98</sup> el artículo 40. del Proyecto de Constitución de Checoslovaquia elaborado por un foro de ciudadanos (1990), así como el artículo 11 de la vieja Constitución de la República Democrática Alemana (1949); las cláusulas que protegen a las minorías en Silesia, que se retrotraen a la década de los veinte,<sup>99</sup> también deberían recordarse.<sup>100</sup>

### 5. *Perspectivas y conclusiones: ¿puede el federalismo alemán ser un ejemplo limitado para el regionalismo italiano?*

A escala internacional, la interacción entre los Estados constitucionales presentes e históricos, así como los intercambios entre constitucionalistas de diferentes Estados, y frecuentemente entre Tribunales Constitucionales, se está haciendo más intensa con el

<sup>98</sup> Citado por *Jarhbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 39, 1990.

<sup>99</sup> Véase Häberle, P., en *Festschrift für Pedrazzini*, *cit.*, p. 118.

<sup>100</sup> Material textual estimulante puede hallarse en el documento elaborado durante el encuentro del CSCE en Copenhague, el 29 de junio de 1990, con respecto a la dimensión humana (cita de *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1990, pp. 239 y ss.):

“La pertenencia a una minoría nacional es el resultado de una decisión personal por una persona y no puede dar lugar a ningún tipo de perjuicio. Aquellos que pertenezcan a minorías nacionales tienen el derecho a expresar libremente su identidad étnica, cultural, lingüística, y religiosa, a conservarla y desarrollarla, y a mantener y desarrollar su propia cultura en todos sus aspectos, asegurarla frente a todo intento de ser asimilados en contra de su voluntad. En particular, tienen el derecho a hacer uso de su propio lenguaje tanto en privado como en público; tienen el derecho a fundar y mantener sus propias instituciones, organizaciones y asociaciones de instrucción cultural y religiosa...”.

advenimiento de las comunicaciones a escala mundial.<sup>101</sup> Y así, en este momento, es casi innecesario preguntarse si el modelo federal alemán puede también ofrecer algo a Italia, y de qué manera.

No hay que decir que debemos guardarnos de fáciles entusiasmos a este respecto. Por más intensivos y extensivos que puedan ser los mecanismos internacionales de producción y asimilación, las diferencias enormes en los contextos culturales de los distintos Estados en particular deben hacernos ser muy cautelosos a la hora de valorar la posibilidad de construir modelos a partir de algunos de sus elementos particulares. En otras palabras, las posibilidades y los límites de transferir las instituciones del Estado constitucional, y así también del Estado federal, son extraordinariamente complejos, y deberían estudiarse cuidadosamente con antelación, dentro del marco de una teoría de la asimilación que todavía no existe.<sup>102</sup> Sin embargo, esto no nos impide preguntarnos si el Estado federal alemán constituye un “almacén de soluciones” para la evolución del regionalismo en Italia.

Alguien que esté en Italia como un invitado sólo puede preguntar cuestiones preliminares. Lo que es cierto es que la estructura federal de Alemania, en la esfera de la Europa de los Doce, representa un aliento a desarrollar el regionalismo en Italia. Los Estados centralistas tales como Francia tienen grandes dificultades (piénsese sólo en Alsacia). En el marco de una “Europa de las Regiones”, muchas tensiones tienen que superarse (esto se aplica, por ejemplo, a Tirol del Sur).

<sup>101</sup> Algunos aspectos están ahora documentados en el libro Battis, U. *et al.* (eds.), *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen*, 1990; véase también Stern, K., *40 Jahre Grundgesetz. Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung*, 1990; Starck, C., *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, 1990.

<sup>102</sup> Para algunas reflexiones iniciales, véase mi contribución en Battis, U. *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 259 y ss.

Valerio Onida, en una conferencia pronunciada recientemente en Alemania,<sup>103</sup> proclamaba que el regionalismo italiano era un “regionalismo con fundamentos políticos más que étnicos, culturales o económicos” y que “los impulsos centralistas del Estado social, así como las tendencias a modernizar los aparatos administrativos y legales” tendrían una influencia negativa en el desarrollo del regionalismo en Italia. También consideró que la práctica y dirección política dominantes impedirían cualquier fortalecimiento del regionalismo.

Pero, ¿tiene que permanecer la situación tal y como está? Ciertamente es, al final, sólo un regionalismo fundado en la cultura el que tiene la posibilidad de prosperar, tal y como el Estado federal, que toma de la cultura, y en ella encuentra, su garantía final. Y es igualmente cierto que, dado que la multiplicidad cultural se ha desarrollado sólo en largos periodos, los procesos de reforma frenéticos no pueden fortalecer efectivamente el regionalismo.

Sin embargo, tenemos que preguntarnos a nosotros mismos si la “memoria” de la multiplicidad cultural de la Italia preunitaria, a elaborarse con gran amplitud científica, no puede representar una condición favorable para el regionalismo. Es decir, puede ofrecer, con el apoyo de la política, una oportunidad para el regionalismo, ya que es un “debilitamiento cooperativo” del Estado nacional moderno.

En esta perspectiva, la propuesta de transformar el Senado italiano en una “Cámara de las regiones”<sup>104</sup> puede ser igual de útil como la observación de que, dentro del Estado federal alemán, el pluralismo cultural ofrece ahora a los Estados miembros una nueva legitimación. De este modo, la legitimación del regiona-

<sup>103</sup> Véase Onida, V., en Ossenbühl, F. (ed.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990, pp. 239 y ss. (pp. 246, 250 y ss., 259); Cassese, S. y Serriani, D., “Moderner Regionalismus in Italien”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 27, 1978, pp. 23 y ss.

<sup>104</sup> Onida, V., en Ossenbühl, F. (ed.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, op. cit., p. 259.

lismo italiano podría recibir también un fuerte impulso de una “Europa de las Regiones”.<sup>105</sup> Independientemente de la eficacia técnica del modelo,<sup>106</sup> el federalismo “probado” de Alemania podría ayudar, en una cierta medida, al regionalismo italiano en su evolución. El éxito de tal esfuerzo dependería también, de un modo pequeño pero no sin importancia, de la vitalidad de la comunidad científica germano-italiana, que actualmente construye una red crecientemente densa de intercambios y ha creado numerosas oportunidades de encuentro.<sup>107</sup> ¡También aquí y hoy!

<sup>105</sup> Un regionalismo italiano más fuerte podría, a su vez, ayudar a la autoafirmación del federalismo alemán en el marco de la Europa de los 12. Esta es la razón por la que la clase política de los *länder* impugna el “desarme que avanza sigilosa y lentamente del federalismo” por medio de la unificación europea (H. Voscherau, Alcalde de Hamburgo y Presidente del *Bundesrat*, cfr. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 10 de noviembre de 1990, p. 1). Una asamblea que representaba intereses a escala europea planteó una exigencia, por ejemplo, un “Consejo de las Regiones” (véase Eiselstein, C., “Europäische Verfassungsgebung”, *ZRP*, 1991, núm. 18, pp. 23 y ss.).

<sup>106</sup> El punto de partida podría ser: regionalismo como Derecho constitucional cultural *in nascendo*; “regionalismo diferenciado”, en analogía con el “federalismo diferenciado” (D. Schindler); regionalismo del Estado constitucional (en el sentido de una doctrina de la estructura, función y procedimientos del regionalismo); y la creación de un instituto para las “tareas de la Comunidad” regional (análogamente a los artículos 91a y b de la Ley Fundamental).

<sup>107</sup> Simplemente, piénsese en la participación de expertos italianos en Congresos alemanes: Véase Onida, V., en la Conferencia de Bonn (*op. cit.*), Ferraris, L. V. en Colonia (Stern, K., *op. cit.*, pp. 13 y ss.), Ridola, P. en La Haya (cfr. Battis, U. *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 81 y ss.). Algunos expertos alemanes de Derecho público están bien versados en Derecho constitucional italiano (Tomuschat, C., “Italien als Regionalstaat”, *Die Verwaltung*, vol. 6, 1973, pp. 167 y ss.; Schefold, D., en Battis, U. *et al.*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; véase también, el juez constitucional Ritterspach, D. T., “Die italienische Verfassung (nach vierzig Jahren)”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 37, 1988, pp. 54 y ss.). La asociación italo-germana de juristas y el Coloquio de Derecho constitucional italo-germano (por ejemplo, Mattarella, S., “Das Zweikammersystem in Italien”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 108, 1983, pp. 370 y ss.) son ejemplos de lo anterior.