



CONVERSACIONES ACADÉMICAS CON PETER HÄBERLE

Segunda edición

DIEGO VALADÉS
Compilador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

CONVERSACIONES ACADÉMICAS
CON PETER HÄBERLE

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 87

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Rosa María González Olivares
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

CONVERSACIONES ACADÉMICAS CON PETER HÄBERLE

Segunda edición

DIEGO VALADÉS

Compilador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2017

Primera edición: 2006
Segunda edición: 27 de enero de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

Primera edición ISBN 970-32-3141-1
Segunda edición ISBN 978-607-02-8700-8

CONTENIDO

Nota introductoria	IX
Diego VALADÉS	
Explicación a la segunda edición	XI
Diego VALADÉS	
Prefacio a la segunda edición	XIII
Peter HÄBERLE	
Entrevista de César Landa. El rol de los tribunales consti- tucionales ante los desafíos contemporáneos.	1
Entrevista de Francisco Balaguer Callejón. Un jurista eu- ropeo nacido en Alemania	17
Entrevista de César Landa. Reforma de la enseñanza del derecho constitucional.	73
Entrevista de Paolo Ridola.	83
Entrevista de H. Kuriki	115
Entrevista de Zvonko Posavec	135
Entrevista de Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés	165
Entrevista de Héctor López Bofill. Poesía y derecho cons- titucional	189
Entrevista de Raúl Gustavo Ferreyra. Cultura y derecho constitucional.	205

Entrevista de Francisco Balaguer Callejón	231
Entrevista de Jorge León Vásquez.	275
Entrevista de Alexis Fourmont	313
Entrevista de Diego Valadés	323
Semblanza de Peter Häberle	339
Colofón. Una retrospectiva científica	341

Peter HÄBERLE

NOTA INTRODUCTORA

El profesor Peter Häberle ha sostenido varias entrevistas con constitucionalistas de diversas nacionalidades, en las que ha examinado el origen de sus tesis, la relación con otros constitucionalistas, sus bases formativas, las preocupaciones dominantes en su amplia obra, y la evolución de su pensamiento.

Después de que el profesor Héctor Fix-Fierro y yo dialogamos con él, consideré conveniente que nuestra entrevista apareciera junto con las demás que el profesor Häberle ha sostenido. Amablemente me autorizó, y de la misma forma lo hicieron sus otros interlocutores, por lo que se ha podido integrar un muy sugerente volumen que resultará de gran utilidad para los que ya están familiarizados con el pensamiento haberliano, y servirá como introducción a quienes no lo conozcan aún.

La entrevista con el profesor Fix-Fierro y conmigo no ha sido publicada previamente; los otros textos aparecidos en español fueron publicados en Perú (César Landa) y en España (Francisco Balaguer y Héctor López Bofill). Las restantes entrevistas se publican por primera vez en nuestra lengua. Se trata, por lo mismo, de un libro que contiene información y análisis originales, cuya lectura resulta amena e ilustrativa. Además, quedan abiertos problemas que requerirán de nuevas reflexiones en el futuro. Puede decirse, sin hipérbole, que estas *Conversaciones académicas* presentan una mirada aguda, certera y erudita sobre el estado del arte de la teoría constitucional en nuestro tiempo.

Diego VALADÉS

EXPLICACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Conversaciones académicas con Peter Häberle es un volumen de gran importancia para los estudiosos del derecho constitucional, ya que se trata del enriquecedor diálogo con una de las figuras estelares del constitucionalismo de nuestro tiempo, sostenido con especialistas de muy diversas culturas constitucionales. Participan aquí juristas de América Latina, de Asia, y de Europa occidental y oriental, para quienes la obra häberliana es un punto de encuentro.

La primera edición incluyó ocho entrevistas; en la que se presenta ahora han sido incorporadas cinco más. El orden adoptado ha sido el cronológico, para así seguir el pensamiento del profesor Häberle a través del tiempo. La primera se llevó a cabo en 1996, y la más reciente en 2016. El volumen recoge, por ende, veinte años de fructífero intercambio de opiniones, a veces con los mismos interlocutores, pero siempre con elementos renovados.

En esta segunda edición se incluye también una nota preliminar del propio Peter Häberle, a quien además agradezco su apoyo para la obtención de algunos de los materiales que aquí aparecen. Al final, como un colofón excepcional, incluyo el texto autográfico del profesor Häberle “Una retrospectiva científica”, en el que de manera compendiosa explica a grandes trazos el desarrollo de su prolífica obra.

Asimismo, ofrezco constancia de gratitud a todos los autores y, por supuesto, a quienes tradujeron los textos originalmente en alemán: Francisco Balaguer, Héctor Fix-Fierro, Guillermo J. Mañón Garibay, Irene Weinmann de Knoop y Sylvia Lenz.

Diego VALADÉS
Ciudad Universitaria, verano de 2016

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Esta colección de entrevistas académicas con estudiosos de varios países se debe, en primera y última instancia, al profesor Diego Valadés y al profesor Héctor Fix-Fierro (Ciudad de México). Es patente que ha tenido una amable recepción en Latinoamérica, por lo que ahora es posible una segunda edición. Para el autor (P. H.) es una gran satisfacción y honor.

El autor continúa estando presente en Latinoamérica, lo que queda de manifiesto a través de numerosas traducciones. Así, mi obra *Klassikertexte im Verfassungsleben (Los textos de los clásicos en la vida constitucional)*, 1981) aparece ahora en Brasilia en lengua portuguesa, y también hay planes para una edición brasileña del libro *Die Verfassung des Pluralismus (La Constitución del pluralismo)* de 1980. El Tribunal Supremo Federal en Brasilia ha hecho fructificar el paradigma de la *Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales* (1975) en muchas de sus sentencias; por ejemplo, en la práctica de los *amicus curiae* y en las audiencias públicas. En Perú, el Tribunal Constitucional aprecia el derecho procesal constitucional a la luz de la teoría del *Derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado*, y, recientemente, la Corte Suprema en Argentina ha hecho suyo el enfoque culturalista del autor (también hay referencias en la Corte Constitucional colombiana en Bogotá).

El autor, por su parte, se propone llevar adelante sus esfuerzos en torno de una “teoría constitucional universal”, así en su libro más reciente de 2013: *Der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur (El Estado constitucional cooperativo desde la cultura y como cultura)*, y sigue trabajando con los princi-

pios del derecho constitucional común americano. Su compromiso con los jóvenes científicos queda asentado en el libro *Cartas pedagógicas a un joven constitucionalista* (traducción española, en segunda edición, de 2014). En Lima, acaba de publicarse una nueva entrevista con Jorge León Vásquez (*Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, nueva época, núm. 7, 2014, pp. 157-184).

Agradezco nuevamente a Héctor Fix-Fierro y a Diego Valadés, así como a las comunidades científicas nacionales en Perú (D. García Belaunde, C. Landa), Argentina (R. G. Ferreyra y E. Zaffaroni) y Brasil (G. Mendes, I. Sarlet), con las cuales el autor se siente amistosamente vinculado desde hace más de una década.

Peter HÄBERLE

ENTREVISTA DE CÉSAR LANDA

EL ROL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ANTE LOS DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS*

1. Los tribunales constitucionales aparecieron en Europa luego de importantes cambios políticos y sociales. Por ejemplo, después de la Primera Guerra Mundial, fueron implementados en Austria, Checoslovaquia y España y luego —después de la Segunda Guerra Mundial— en Francia, Italia y Alemania. Posteriormente a la caída de regímenes dictatoriales en Grecia, Portugal y España en la década de los setenta. Asimismo, y con la restauración de regímenes representativos y democráticos desde la década de los ochenta hasta hace poco, en muchos países de América Latina —como Guatemala, Ecuador, Perú, Bolivia— y de Europa Oriental —Rusia, Bulgaria, Hungría, etcétera— también han introducido tribunales constitucionales. En este escenario, ¿cuál podría ser el rol de la justicia constitucional en el desarrollo socioeconómico y en el fortalecimiento de la democracia, básicamente en América Latina o en Europa Oriental?

Efectivamente hoy se puede hablar de una “marcha triunfal a nivel mundial” de la jurisdicción constitucional. Aquí en Europa, en Austria más específicamente, H. Kelsen (1920) realizó algunos trabajos precursores, en virtud de los cuales hoy en Europa el Tribunal Constitucional de Alemania de Karlsruhe desarrolla una gran influencia, tanto institucionalmente como en su jurisprudencia; esto, luego que desde el siglo XVIII, aunque

* Texto tomado de *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año III, núm. 3, 1996, pp. 279-289.

no formalmente sino de hecho, la Corte Suprema de los Estados Unidos fuese el modelo a seguir.

En situaciones de transición, como el paso de regímenes dictatoriales a democracias con Estados constitucionales (después de la Segunda Guerra Mundial: Italia, la República Federal de Alemania, más tarde en Portugal y España, pero no en Grecia en donde la jurisdicción constitucional se encuentra notablemente desacreditada hasta hoy por el régimen del coronel Papadopoulos); es decir, desde el *annus mirabilis* de 1989, o sea, desde la caída de los regímenes socialistas en Europa del este, se comenzaron a instalar tribunales constitucionales en casi todas partes.

Si tomamos en cuenta además a los países de América Latina, constatamos que la jurisdicción constitucional pertenece a lo que en el actual estado del desarrollo consideramos el estándar cultural modelo: Estado constitucional. Esta jurisdicción se ha convertido ahora en un órgano constitucional normal que no puede ser combatido con el argumento de la fórmula polémica del *gouvernement des juges* (gobierno de los jueces) ni con el del concepto voluntarista *absoluto* de la soberanía popular. Incluso en Francia, la autoridad del *Conseil Constitutionnell* (Consejo Constitucional) se ha consolidado a pesar de que —o precisamente porque— éste ha ampliado sus competencias y ha ido desarrollando paso a paso resoluciones pioneras, como por ejemplo, en los derechos fundamentales.

En las democracias jóvenes, se trata de que los tribunales constitucionales sean precursores y se ganen la confianza a través de resoluciones inteligentes, sobre todo, en lo que respecta a los cuestionamientos a la democracia (derecho electoral, derecho de partidos, concretización de la libertad de opinión y de la libertad de los medios de comunicación) y en los casos de hábeas corpus y en el caso de las garantías del *dueprocess* (debido proceso) respectivamente.

El que se haya impuesto la dimensión clásica de los derechos fundamentales, es decir, el status *negativus* que se defiende del Estado —en el sentido de G. Jellinek— forma parte de un primer

grado en el crecimiento de la jurisdicción constitucional. En mi opinión, en los países en desarrollo, esta jurisdicción constitucional haría bien, si se abstuviera un poco de las cuestiones sobre economía y el aspecto social. Por ejemplo, en los derechos fundamentales se debería de *tomar en cuenta* como una dimensión (entre otras dimensiones) sólo el área del mandato constitucional (por ejemplo, en asuntos de justicia social), no así otra dimensión del derecho fundamental que podría ser reclamable (como por ejemplo, la protección del medio ambiente o el derecho al trabajo). Así, sólo será posible de *ser juzgado*, el hecho que se impongan las garantías sociales mínimas (por ejemplo, la garantía del mínimo necesario para la supervivencia del individuo). Pues primero tienen que ser creadas las riquezas, que luego han de *distribuirse*. Al parlamento y al gobierno les corresponde la primacía en la labor de concretización de la justicia social. Pero, dentro del ámbito del Estado de derecho —es decir, de los derechos fundamentales clásicos y de la democracia pluralista, esto es, de sus condiciones formales— los nuevos tribunales constitucionales deberían arriesgarse —desde el inicio— en el ejercicio del *activismo judicial*.

2. La implementación de los tribunales constitucionales siempre encuentra enemigos dentro y fuera de los Estados democráticos débiles. Algunos de ellos preguntan en nombre del pueblo: ¿por qué unos pocos magistrados pueden decidir sobre la opinión soberana de los miembros del parlamento o sobre decisiones de gobierno del presidente de la república, ambos elegidos por la soberanía popular?

Muchas gracias por hacerme esta pregunta central. La implementación de la jurisdicción constitucional en la cultura política de un pueblo sólo puede darse dentro de un proceso muy largo. En primer lugar, las Constituciones jóvenes no deberían otorgarle demasiadas competencias a sus nuevos tribunales constitucionales, para no saturar a la opinión pública. No obstante el

que los Estados constitucionales nuevos o en formación tengan competencias, desde un principio, para una creciente jurisdicción constitucional, presenta también ejemplos a todas luces positivos en Polonia (ya antes del cambio de 1989) y en Hungría (desde 1968). Además, no sólo los parlamentos y los presidentes de Estado están legitimados democráticamente, sino también el mismo Tribunal Constitucional, aunque sólo de modo indirecto. Aquí mucho depende del modo de elección de los jueces constitucionales (*cf.* con la pregunta número 5).

La democracia dentro del Estado constitucional es por principio una democracia de *división de poderes*: ningún órgano del Estado tiene poder *soberano*. El modelo: Estado constitucional, se caracteriza por su principio de la *supremacía de la Constitución*. Quizá habría que suprimir el concepto de *soberanía popular* y de *soberanía estatal* y reemplazarlo por la idea de la *soberanía de la Constitución*. En un Estado constitucional que funciona, incluso el poder que elabora y dicta la Constitución es *constituido*; es decir, no es ilimitado, sino que está restringido legalmente a ciertos principios últimos de una cultura constitucional nacional, en este caso latinoamericana, y a principios internacionales de derechos humanos.

3. *Entonces, ¿cuáles son las condiciones mínimas necesarias para que los tribunales constitucionales, elegidos regularmente por los propios poderes políticos, pueda controlarlos con éxito, la constitucionalidad de las acciones del parlamento o del gobierno? Es decir, ¿qué tipo de cambios tendrían que ser incorporados en los recientes procesos democráticos, en las relaciones entre el sistema político y la jurisdicción constitucional, para asegurar que sus resoluciones sean acatadas en respeto al orden constitucional?*

Existen garantías formales e informales para una fundamentación exitosa de los tribunales constitucionales y para su desarrollo, dentro de las democracias jóvenes. Parte de los presupuestos informales, es que todos los órganos del Estado y la

opinión pública pluralista desarrollen una *voluntad a favor de la Constitución*. Esto empieza en las escuelas donde, por ejemplo, los derechos humanos deben ser *inculcados* y termina con la *fidelidad* a la Constitución por parte de los órganos del Estado; lo que es conocido en el federalismo alemán como *fidelidad a la Federación* (R. Smend). Todos los órganos del Estado deben respetarse mutuamente en sus competencias y funciones. La idea de *controles y balances* debería ser literalmente interiorizada por todos las partícipes de la vida constitucional.

Las garantías formales no son tampoco menos importantes. Por lo tanto, la fuerza vinculante de las resoluciones del tribunal constitucional debe ser asegurada. Claro que todo tribunal constitucional, por su parte, también tiene que prestar atención a la aceptación del contenido de sus resoluciones. Esto comienza con el lenguaje jurídico (comprensible) pasando por la aplicación razonada del *instrumento jurídico* y de las artificiales reglas del método y termina con la *plausibilidad* del resultado previamente controlado en su legalidad.

4. *Con el presente proceso de globalización mundial de la economía y de la política, ¿cómo puede la justicia constitucional tradicional controlar la constitucionalidad de los actos de los nuevos y soberanos agentes sociales, como los medios de comunicación masiva o las empresas transnacionales con sus poderosos recursos tecnológicos y economías, que pueden ser capaces eventualmente de dominar a la opinión pública poco educada y, lesionar los derechos fundamentales de los individuos o, controlar las decisiones públicas, incluso en los Estados democráticos maduros?*

Usted aquí trae a colación una pregunta especialmente delicada. En ella se sugiere que, si el Estado constitucional en su estadio actual de desarrollo, también es *susceptible de ser reformado* frente a retos nuevos. La globalización de los mercados, el surgimiento de una opinión pública internacional (por ejemplo, en el caso de la lucha de Greenpeace contra la plataforma

petrolera Brent Spar en 1995) puede poner en peligro el núcleo mismo del orden constitucional anterior. Ya Hegel había reconocido que —en la opinión pública— *todo lo verdadero y lo falso* se encuentra presente simultáneamente. Las empresas multinacionales despliegan un poder económico casi incontrolable que puede convertirse en poder político. Hay que empezar con una Constitución pluralista de los medios de comunicación.

En estos momentos, Italia está llevando a cabo una difícil lucha contra el poder de mercado de los medios de comunicación de S. Berlusconi, a los que la Corte Costituzionale de Roma sólo puede enfrentarse de manera puntual, pero a los que por lo menos ya se atreve a enfrentar. La democracia televisiva puede convertirse en formas encubiertas de censura. También desalientan los casos de juicios televisados, como por ejemplo, en los Estados Unidos (*caso Simpson*).

Sin embargo, hay ejemplos positivos de cómo en Europa sí se puede desarrollar un derecho constitucional pluralista de los medios de comunicación. Así pues, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha desarrollado principios pretorianos en un total de ocho juicios televisados hasta hoy, principios que garantizan un máximo de libertad estatal de la radiodifusión y de la televisión públicas-legales (pluralismo interno) y que evitan que estos medios de comunicación caigan en manos de un solo grupo. Para la radiodifusión y la televisión privadas, vale el principio del pluralismo externo; es decir, que la multiplicidad de la oferta debe estar asegurada por la libre competencia en el mercado (lamentablemente, la cultura y la educación muchas veces se quedan en el camino, también a causa de la *autocomercialización* de las instituciones público-legales en Alemania).

La Constitución de Portugal (1976) ha encontrado en su artículo 38 lemas muy oportunos (“libertad e independencia de los medios de comunicación masiva frente al poder político y al poder económico”, “evitar la concentración, especialmente aquella en la que se dan participaciones múltiples y entrecruzadas”, “enfrentamiento entre diversas corrientes de opinión”). La Constitu-

ción de España (1978) garantiza en su artículo 20 “a los grupos políticos y sociales significativos, el acceso a los medios de comunicación social”. Frente al abuso de la prepotencia económica, sólo ayudan los instrumentos probados en Europa y en Alemania, como por ejemplo las leyes contra los cárteles, regulaciones anti-corporativas, controles de fusión de la prensa, etcétera.

La lesión de los derechos individuales por los medios de comunicación debe ser garantizada internamente por consejos de prensa (voluntarios) con reglas corporativas ético-laborales y, además, por el Estado de derecho: apelación a la obligación de veracidad periodística, derechos efectivos de posibilidad de réplica del agraviado, “indemnizaciones” de los agraviados, respeto al derecho de presunción de inocencia, por ejemplo, por el artículo 6o. sección 2 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (1950), artículo 14, sección 2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 8o., sección 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Justamente aquí hay que llevar a cabo un gran trabajo de educación por parte de los medios de comunicación y en lo que concierne a estos mismos.

5. Las instituciones de la justicia constitucional, como las relativas a las competencias, legitimidad procesal, efectos de la sentencia, etcétera, se fundan en última instancia en la independencia, capacidad e integridad de los magistrados. Pero, ¿quién y cómo debería elegirse a los jueces de los tribunales constitucionales? ¿Quién debe controlar a los controladores de la Constitución y cuáles deberían ser sus mecanismos procesales?

En efecto, la independencia interna y la integridad del magistrado constitucional así como la autoridad de los tribunales constitucionales sólo puede ser garantizada limitadamente por normas legales externas. En última instancia, aquí mucho depende de la personalidad del magistrado y de la calidad de la sentencia *que forja la confianza*. Sin embargo, hay modelos óptimos

para la elección de los magistrados y una exigencia mínima de procedimientos correctos. Si bien en el Estado de derecho todos los ciudadanos son, en último término, *guardianes de la Constitución*, los jueces constitucionales tienen aquí; sin embargo, una tarea especial. Lo recomendable serían formas mixtas de elección del magistrado; es decir, que ningún órgano constitucional debería tener un monopolio sobre la elección del juez constitucional (lamentablemente, la reglamentación alemana es distinta: elección a través del parlamento o del Consejo Federal —*segunda Cámara*—). Una parte de los jueces (por ejemplo, un tercio) debería ser elegida por las entidades que dan las leyes; otra parte, por el presidente de la República (así sucede por ejemplo en Italia), y la tercera parte por un órgano de administración autónomo de jueces y abogados.

Con esta inclusión de muchos *poderes* estatales y sociales se puede evitar, en el sentido de un procedimiento de elección pluralista, el que los jueces tomen resoluciones demasiado parcializadas. Sobre todo, habría que reducir en Alemania la influencia de los partidos políticos, que de hecho lamentablemente es desmedida. Para esto, hay que pensar en *audiencias públicas* para los candidatos a magistrados constitucionales, en las que éstos puedan ser interrogados por su *filosofía de la ley* (como en los Estados Unidos y reciente y extraordinariamente, en Alemania en la nueva Constitución de Brandeburgo de 1992). A la independencia también le sirve el permitir votos especiales (*cf.* artículo 164, sección 1 de la Constitución de España). El tiempo de servicio del magistrado constitucional debe ser muy bien meditado: un tiempo de servicio largo, por ejemplo, de 12 años, y la exclusión de la reelección como en el caso de Alemania, sirven a la independencia. Las reglamentaciones sobre incompatibilidad e imparcialidad deben ser estrictas. En todo caso, la actividad docente en las universidades debería ser compatible con el estatus de un magistrado constitucional. El rechazo de un magistrado a causa de *la duda de su imparcialidad* no debe ser tan fácil, ni que los partidos puedan condenar a los jueces

que les incomodan; pero tampoco debe ser tan difícil que casi no se pueda aplicar en la práctica. No hay que olvidar el rol que la *autodisciplina* de los jueces juega en este ámbito de la problemática. Estos deberían evitar comentar sus propias resoluciones *ex post*, ya sea, pública o privadamente.

6. En algunos países, por ejemplo en el Perú, hay un sistema mixto para el control de la constitucionalidad: el control abstracto por parte del Tribunal Constitucional y el control concreto por parte de la justicia ordinaria, en lo relativo al control constitucional de normas que tienen el rango de ley. Esto significa que la interpretación de la Constitución es compartida con el Poder Judicial. El problema surge porque la Constitución peruana no ha establecido que el Tribunal Constitucional sea el intérprete supremo de la Constitución. En caso que se den resoluciones contradictorias sobre la misma ley, entre el control abstracto y el control concreto, ¿quién debería ser el intérprete supremo de la Constitución?

El sistema enumerativo de las competencias del Tribunal Constitucional debería buscar un buen camino intermedio entre un exceso y una insuficiencia de competencias. No todos los Estados constitucionales conocen el recurso de queja constitucional —*recurso de amparo*—; éste recién se está discutiendo en la actualidad en Francia y en Italia, aunque ya fue introducida, en 1951, en la Ley Fundamental. Continuamente se vuelve a discutir el pro y el contra de un control abstracto de las normas.

En los Estados federales o en los Estados regionales, el tipo y la envergadura de la protección a través de los Tribunales Constitucionales de la unidad territorial más *pequeña* es siempre controvertida. En Alemania, todo tribunal tiene el derecho de revisión judicial (artículo 100 de la Ley Fundamental). En las leyes parlamentarias posconstitucionales el *monopolio de la declaración de invalidez* sólo lo tiene el Tribunal Constitucional Federal. En caso de que un simple tribunal considere una ley se-

mejante contraria a la Constitución, este tribunal debe acogerse a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Es dependiente del Tribunal Constitucional. También, algunas resoluciones, que surjan en el procedimiento del control abstracto de las normas, terminan por tener *fuera de ley*; en nuestro caso esto sucede en virtud de una regulación expresa. Si no existe, como en el caso del Perú, una regulación expresa que reglamente la competencia de los controles abstractos de normas por el Tribunal Constitucional y de los controles concretos de normas por la *jurisdicción común y especializada*, entonces debe argumentarse partiendo de la función de la jurisdicción constitucional en el Estado constitucional de hoy. Por cierto que las tradiciones de la cultura jurídica son diversas de un país a otro, no obstante se puede arriesgar a sostener la tesis de que, formalmente *en última instancia* el protector de la Constitución siempre debe ser el Tribunal Constitucional. Las controversias son insostenibles en razón de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza de los ciudadanos. En tanto esto es así, el Tribunal Constitucional debe ser formalmente *el intérprete supremo* de la Constitución y los tribunales restantes dependerán de la sentencia de éste. ¡La *supremacía constitucional* conduce a una *supremacía de la jurisdicción constitucional institucionalizada* asegurada funcional y legalmente!

7. *La interpretación de la Constitución es una técnica jurídica que ha sido vinculada a los métodos tradicionales de interpretación de Savigny (gramaticales, lógicos, históricos y sistemáticos). Con los nuevos cambios europeos (relanzamiento de la Unión Europea o las transiciones democráticas en Europa Oriental), usted ha propuesto al derecho comparado como el quinto método de interpretación, pero ¿cuáles son las condiciones jurídicas y sociales para aplicar este método? ¿Es éste válido para cualquier sistema constitucional y para cualquier región?*

Aunque existen principios especiales de interpretación constitucional (por ejemplo, la unidad de la Constitución, la concor-

dancia práctica en el sentido de mi maestro K. Hesse, el parámetro de medida de *la corrección funcional*), la interpretación de la Constitución forma parte de las reglas rudimentarias y especializadas de la doctrina del método (de interpretación jurídica). F. C. Von Savigny las ha *canonizado* en 1840 como los cuatro métodos clásicos de interpretación. Pienso que, desde 1989, la época ya está madura para un quinto método de interpretación, a saber, el derecho comparado.

Sobre todo, en el campo de los derechos humanos siempre hay que *tomar en cuenta* para la reflexión, a toda la regulación del derecho positivo de otros estados constitucionales y a los desarrollos emprendidos por sus tribunales y sus comunidades de especialistas. La comunidad mundial de Estados constitucionales hoy está en camino hacia una *comunidad de derechos humanos*; los pactos regionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o la Convención Europea sobre Derechos Humanos, también aportan material para una interpretación constitucional inspirada en el derecho comparado, aunque formalmente estén aún *debajo* del rango constitucional (aunque en el caso de Alemania, Austria y Suiza, ¡la Convención Europea sobre Derechos Humanos tiene rango constitucional!). Los Estados constitucionales pueden aprender mutuamente de sus experiencias. Especialmente en Europa ya hay una gran cantidad de ejemplos de una *comunidad de producción* y de recepción en asuntos de derechos humanos, que por medio del derecho comparado, funcionaron como *quinto método de interpretación*, y que por ejemplo salen al encuentro en forma de principios generales de derecho (la anterior Constitución del Perú de 1979, que he publicado en alemán en mi *Anuario de Derecho Público* de 1987, tomo 36, dice en el artículo 233, inciso 6 de modo altamente creativo de ¡fundamentos generales de derecho!).

Este planteamiento naturalmente debe entenderse como una comparación cultural (no como una transposición esquemática). Esto quiere decir que los contextos culturales deben “corresponderse”. Por eso, por ejemplo, persiste una especial vinculación

cultural entre los países ibéricos y los países latinoamericanos. El artículo 11 sección 3 de la Constitución de España (1978) contempla regulaciones especiales para los ciudadanos de *países iberoamericanos*. Esta relación cultural también conduce a que los países en América del Sur dirijan su mirada de derecho comparado específicamente hacia España. Por otro lado, el regionalismo de España está en estrecho intercambio con el federalismo de Alemania, y por lo tanto también con la doctrina y la jurisprudencia desarrolladas al respecto. El concepto, extremadamente alemán, de Estado de derecho está haciendo carrera casi en todo el mundo. Muchos países del Este de Europa reciben el estándar occidental de los derechos humanos dentro de su sistema de fuentes de derecho, ya sea expresa o implícitamente. Por cierto, el universalismo de la *dignidad humana* se enfrenta hoy al reto del fundamentalismo de algunos Estados islámicos.

8. La incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho nacional, supone que los magistrados constitucionales tengan que utilizar el derecho internacional en sus resoluciones, pero en caso de incompatibilidad entre la Constitución y el tratado internacional, ¿los jueces pueden preferir indistintamente una u otra norma o hay una jerarquía entre ellas?

No son pocas las Constituciones más recientes y los proyectos de Constitución que conocen regulaciones expresas de *interpretación conforme a los derechos humanos* de los derechos fundamentales nacionales (por ejemplo, artículo 10, sección 2 de la Constitución de España; artículo 11 del borrador de la Constitución del Senado Polaco de 1991). Algunas Constituciones contienen también expresamente “cláusulas de desarrollo de los derechos fundamentales” (por ejemplo, artículo 10 de la Constitución de Estonia de 1992, un logro pionero forjado por el artículo 4o. de la Constitución Peruana de 1979). Un proyecto anterior del Sejm polaco de 1991 (artículo 8o.) hace prevalecer incluso

normas de derecho fundamental internacional frente al catálogo (nacional) de derechos fundamentales.

En el caso improbable de que se produzca un conflicto entre las “leyes del derecho fundamental nacional e internacional, incluso hoy, el magistrado nacional debería dar la preeminencia al derecho internacional, en mi opinión. Esto se basa en la idea, desarrollada en Alemania, de *Estado abierto* o del *Estado de derecho cooperativo*. También se puede pensar que el principio *in dubio pro libertate* o en pro de los derechos humanos es un *principio fundamental general del derecho* del tipo del que se da en el Estado de derecho. En caso de que un tratado internacional colisione contra los derechos fundamentales nacionales o universales; entonces, en todo caso, tanto el Legislativo como el Ejecutivo deberían estar obligados a solucionar el problema, en la medida en que el tribunal constitucional no tenga aún competencia suficiente para solucionar inmediatamente el conflicto por el mismo en concordancia con los derechos humanos.

9. La aparición de la teoría de la garantía de contenido esencial (Wesengehaltgarantie) y de las garantías institucionales (Institutionelle Garantien) han sido el resultado de un diálogo creativo entre la doctrina constitucional y la jurisprudencia constitucional alemana. Pero, ¿cómo incorpora usted a la opinión pública en sus tesis y planteamientos altamente técnicos?

La comunidad de especialistas de un país y, cada vez más, la de una región con identidad cultural propia como América Latina debería estar desarrollando modelos teóricos constantemente y ponerlos a debate, como propone el racionalismo crítico de Popper. Ya en la República de Weimar, por ejemplo, la comunidad científica en Alemania desarrolló la doctrina del análisis de los derechos fundamentales, como también desde el punto de vista institucional (E. Kaufmann, entre otros); a comienzos de los años setenta surgió además la tesis del análisis del derecho fundamental sobre la base de un Estado social y rendidor (*status ac-*

tivus preoressualis), las opiniones están divididas con respecto a cómo debería entenderse correctamente la protección del contenido esencial en el caso de los derechos fundamentales, tanto en sentido *absoluto*, como en sentido relativo (prohibición de excesos). En Suiza, hace poco, la nueva y destacada Constitución del canton de Berna (1993) ha desarrollado en su artículo 28 algunas precisiones al respecto. Hace años nuestro Tribunal Constitucional en Karlsruhe ha logrado ampliar la dimensión de lo que puedan ser los “deberes de protección” de los derechos fundamentales. Por lo tanto, hoy en día hay que leer los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana en un sentido *multidimensional*.

Un Tribunal Constitucional nuevo, como el establecido en el Perú, no puede simplemente recibir de un solo golpe, de la noche a la mañana, por así decirlo, y en bloque, las doctrinas alemanas altamente complejas, ni la síntesis de la práctica de tantos elementos teóricos, lograda por el Tribunal Constitucional Federal. La *cultura de derechos fundamentales* de Alemania, madurada a lo largo de años, no puede ser adoptada inmediatamente sin más en el Perú. El Tribunal Constitucional de Lima hará bien en comenzar tanteando lentamente a partir de las doctrinas clásicas de los derechos fundamentales de un tal G. Jellinek, antes de entrar en los detalles más recientes que se dan en Europa. Ante todo el Tribunal Constitucional debe hacer consciente a los ciudadanos de que no se trata de una mera técnica jurídica, sino de hacer *justicia con ayuda de los derechos fundamentales*. Un primer paso en este lento proceso de crecimiento y de desarrollo, que tal como se muestra en Polonia y en Hungría, puede realizarse hasta en una década o incluso en sólo cinco años, es la enseñanza de la idea de los derechos fundamentales en los colegios en el sentido de una “interpretación pedagógica de la Constitución”. Los derechos humanos deben ser inculcados ya en las escuelas, tanto en sus contenidos clásicos como en sus funciones modernas (*cf.* también con el artículo 22, sección 3 de la Constitución del Perú de 1979; artículo 72 de la Constitución de Guatemala de 1985). En todo esto se muestra lo que entiendo por *desarrollo histórico* de

las Constituciones. Son una forma impregnada que se desarrolla vivamente, para citar una frase de Goethe retomada por H. Heller.

10. *Finalmente, con la gran experiencia de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Alemania, ¿podría usted proponer algún mensaje a sus colegas peruanos y a los magistrados del nuevo Tribunal Constitucional del Perú acerca de la tarea de la justicia constitucional en el fortalecimiento de la conciencia constitucional del ciudadano?*

Antes que nada, quiero decirle que es un honor para mí poderme dirigir a través de usted y de esta revista a la opinión pública especializada en el Perú. En tanto catedrático de teoría del Estado (derecho constitucional) alemán hoy en día uno se encuentra *sobre los hombros de los gigantes* de la República de Weimar; es decir, de clásicos tales como H. Heller, R. Smend, H. Kelsen, y en parte también del temprano C. Schmitt (hasta 1933). Si bien en muchos aspectos hoy vemos mucho más lejos que estos gigantes, seguimos sin embargo siendo “enanos”. Con respecto a la Ley Fundamental hay que resaltar sobre todo los logros del Tribunal Constitucional Federal, aunque hace poco ha caído en una crisis de aceptación de algunas de sus decisiones (resolución anti-crucifijos, los “soldados son asesinos”, así como las resoluciones de “la sentada”). Dentro del círculo de los tribunales constitucionales europeos, es decir, junto a los de Roma y Madrid, y también junto al de París y la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, así como junto a la Corte Europea de Luxemburgo, Karlsruhe juega un rol positivo muy grande.

No me puedo permitir un mensaje al Perú. Sin embargo, quisiera expresar el deseo de que el Perú pronto se convierta en un dinámico compañero de diálogo en el concierto de la comunidad de los derechos fundamentales de América Latina, y el deseo de que especialmente el Tribunal Constitucional de Lima pueda hacerse de mucho prestigio y autoridad gracias a un cuidadoso balance entre el activismo judicial y la autorrestricción judicial,

para afirmarse dentro de la estructura de funciones de la Constitución. La jurisdicción constitucional también debe arriesgarse a juzgar, valiéndose directamente de los principios generales de justicia de la familia universal de Estados constitucionales. Debe hacer comprender, que si bien todos los ciudadanos son “guardianes de la Constitución”, justamente los tribunales constitucionales tienen una responsabilidad específica. A veces incluso es necesario juzgar *impopularmente*, en contra de la opinión pública, que a menudo en la democracia de consenso es demasiado inconstante. En el largo plazo un tribunal constitucional debe lograr la “aceptación” de su continuada jurisprudencia, debe lograr ser comprensible para el ciudadano y, ante todo, probar ser el *tribunal de los ciudadanos*. Con ello aporta una contribución (la suya) a la forja de la *conciencia constitucional* y cumple una función de la Constitución. La globalización más allá de los continentes ya está garantizada por la comunidad iberoamericana de cultura de derecho. Una conversación como la de hoy, llevada a cabo gracias a usted, sin embargo, también puede ser quizá un pequeño aporte, para una comunidad mutua de aprendizaje y enseñanza entre nuestros dos países. La comunidad de especialistas en asuntos de Estado de derecho constitucional se vuelve hoy universal y tiene que hacerse comprensible para los propósitos del ciudadano del mundo en el sentido de I. Kant. Si bien esta es una tarea de muchas generaciones, la comunidad de los jueces constitucionales en todo el mundo ya está en formación. Ojalá el Perú haga escuchar aquí pronto una voz inconfundible (y sintiera un apoyo de fuera). Esto también sería un aporte para dejar atrás a un falso eurocentrismo y para cultivar una herencia multicultural de la humanidad (incluyendo la herencia indígena). La ciencia del derecho, entendida como ciencia de la cultura, forma parte de esta totalidad. Muchas gracias.

Bayreuth, 27 de noviembre de 1995.

ENTREVISTA DE FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN* UN JURISTA EUROPEO NACIDO EN ALEMANIA**

Es habitual, en este tipo de entrevistas, hacer una referencia a la trayectoria intelectual, en su faceta más personal, del entrevistado. Me gustaría comenzar, como no podía ser menos, con el recuerdo de sus primeros años de universidad, años difíciles, sin duda, así como con la colaboración con su maestro, el profesor K. Hesse.

Comencé mis estudios jurídicos en Tubinga, continuándolos en Friburgo; estuve después un semestre en Bonn, otro posterior en Montpellier, volviendo luego a Friburgo, de cuya Facultad de entonces guardo los mejores recuerdos que puedan imaginarse. Inicialmente me concentré en el derecho penal y estudié con el muy conocido, también en España, profesor Jescheck. Pero entonces, era mi quinto semestre, en 1956, asistí por primera vez al nuevo seminario del joven profesor Konrad Hesse, con el que desde el principio me entusiasmé, sobre todo por su arte para conducir un seminario de manera sistemática.¹

* Catedrático de derecho constitucional en la Universidad de Granada.

** Texto tomado de *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional de Murcia-Universidad de Murcia, 1997.

¹ Con la intención de ofrecer una relación bibliográfica útil para el lector español, se incorporan aquí algunos títulos traducidos al castellano y ya publicados (hay otros en curso de publicación):

“Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 79, 1993.

“Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 1, 1993, pp. 149-167 (traducido del alemán).

Quisiera igualmente que nos explicara, si le parece oportuno, qué factores fueron para usted determinantes en su orientación hacia la universidad, como profesión y como proyecto vital y específicamente cuáles lo fueron en relación con su dedicación al ámbito del derecho público.

La ciencia ha sido, desde el principio, mi gran proyecto vital. Ciertamente, habría podido convertirme también en juez; sin embargo, he tenido permanentemente la referencia del ideal universitario de Humboldt: la unidad de la investigación y la enseñanza, la comunidad de *docentes y discentes*, que siempre he intentado practicar desde mi primera cátedra en Marburgo en 1969. Desde un principio consideré sólo la posibilidad de realizar estudios jurídicos. Ante todo, porque me permitía integrar los fundamentos histórico-espirituales de la ciencia, así como establecer una vinculación con la filosofía y la historia, incluso con

También en “Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania”, en *Pensamiento constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 45-60 (traducido de la versión italiana).

“El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, edición de José María Saucá, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1994, pp. 81-126.

Retos actuales del Estado constitucional (incorpora diversos trabajos), IVAP, Oñati, 1996.

“La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho”, *Dereito*, Santiago de Compostela, vol. 5. núm. 2, 1996, pp. 159-165.

La libertad fundamental en el Estado constitucional, Universidad Católica del Perú, 1997.

“Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada”, en AA.VV, *Estudios de derecho público homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, vol. II, pp. 1161-1190.

Diversas aportaciones en relación con los derechos fundamentales se encuentran también en la obra coordinada por A. López Piña, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Cívitas, 1991.

“El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos”, entrevista al profesor Häberle realizada por César Landa, en *Pensamiento Constitucional*, núm. 3, 1996, pp. 279-289.

la música. Hasta el presente, me he esforzado siempre en desarrollar el derecho constitucional sobre la base de sus profundas dimensiones filosófico-jurídicas.

Su labor como investigador es, sin duda, impresionante. Sus trabajos han tenido un profundo eco no sólo en Alemania y ni siquiera sólo en Europa. Posiblemente sea usted, entre los actuales, el autor más conocido en el ámbito del derecho constitucional. Esta dedicación a la ciencia no hubiera sido posible sin un gran sacrificio personal. Pero al mismo tiempo, me atrevo a preguntarle por la incidencia que ese esfuerzo ha tenido desde el punto de vista de su actividad docente, como profesor. Si esa actividad se ha resentido por la intensa dedicación a la investigación o si, por el contrario, la atención a sus alumnos y a sus discípulos le han supuesto un estímulo más en la reflexión y la elaboración teórica.²

² La conversación se desarrolló durante los días 21 y 22 de julio de 1997 en la residencia del profesor Häberle, en Bayreuth. El 21 hablamos de las líneas generales de la entrevista y el 22, en sesiones grabadas de mañana y tarde, el profesor Häberle fue respondiendo a cada una de las preguntas. La ordenación de las preguntas intenta seguir un criterio sistemático, aun siendo consciente de posibles desventajas de este planteamiento. Preparé seis preguntas para cada uno de los seis bloques en que se divide la entrevista: trayectoria personal, la atmósfera intelectual de Alemania, los derechos fundamentales, cuestiones metodológicas, la proyección europea y el derecho constitucional del siglo XXI. He intentado ofrecer al lector, a través de todas estas cuestiones, un panorama lo más completo posible de la obra del profesor Häberle, así como del ambiente intelectual en que la misma se ha desarrollado y de sus planteamientos sobre la evolución del derecho constitucional. Con su habitual sentido del humor, el profesor Häberle llegó a decir que algunas de mis preguntas eran mejores que sus respuestas. No es algo infrecuente en él: en sus estancias en Granada, suele decir que mis traducciones de sus conferencias o de sus cursos de doctorado mejoran el original. Aconsejo al lector que se limite a leer las respuestas: comprobará cuan innecesarias (por no decir disfuncionales) son las preguntas. Lo que el lector no podrá comprobar, por fortuna, es que mi traducción no ha mejorado el original. Con esa pequeña ventaja, debo decir que he intentado hacer una traducción comprensible, procurando no sacrificar los múltiples matices que ofrece el discurso del profesor Häberle. Pese a la riqueza de su lenguaje, no es un autor de difícil comprensión en alemán: el carácter sistemático y riguroso de su pensamiento facilitan mucho la tarea del traductor. Un motivo más para

Con el paso de los años se han doctorado unos cuarenta de mis discípulos y cinco de ellos son hoy catedráticos. He tenido la suerte de encontrar excelentes discípulos, por ejemplo en Jena, en Berlín (Humboldt-Universität), en Munich o en Würzburg. Los discípulos suponen un gran enriquecimiento a la larga. Inicialmente, en los primeros años, es necesario invertir mucho, también en un plano personal, aunque hoy son una alegría. Más todavía por cuanto cada uno de ellos ha desarrollado su propio perfil sin pretender imitarme. También en sus intereses científicos se han diversificado mucho. Mientras uno ha manifestado especial interés por el Este, otro se ha dedicado más a la dimensión social del derecho constitucional. En cierta manera me he convertido hoy en discípulo de mis discípulos, y en el transcurrir de los años venideros esa tendencia se incrementará seguramente.

Desde hace ya bastantes años, es usted profesor tanto en la Universidad alemana de Bayreuth como en la Suiza de St. Gallen. Me gustaría que me hablara también de esta experiencia, sin duda gratificante, pues siempre se manifiesta satisfecho con la misma, pero también, pienso, muy absorbente desde el punto de vista del tiempo y de la necesaria tranquilidad que debe tener todo investigador.

Mi actividad en St. Gallen comenzó con motivo de un feliz nombramiento (el sexto como catedrático) en 1981. Los viajes (duran seis horas en tren) y las correspondientes jornadas en St. Gallen son, de hecho, una suerte: la tensión entre la pequeña Bayreuth y la algo más grande St. Gallen, la diferente cultura universitaria y científica, la gran tradición de tolerancia y la diversidad lingüística de Suiza (piense usted en las aportaciones de Suiza en materia de libertad lingüística como derecho fundamental no escrito) son un modelo para nosotros. Además, Suiza me ha parecido siempre un gran taller de experimentación debido a su federalismo tan fuerte y tan vivo. Esto se manifiesta también

recomendar la lectura de una obra indispensable para entender el derecho constitucional de la Europa del próximo siglo.

en las grandes reformas constitucionales de los cantones, culminadas en los últimos años, en curso actualmente en St. Gallen, tras el punto culminante alcanzado por la excelente reforma cantonal de 1993 de Berna. Por lo demás, los estudiantes suizos tienen un temperamento distinto al de los alemanes. No se inclinan a la exageración ni al radicalismo, son “pragmáticos” en el buen sentido del término, y en algunos aspectos podría decirse que son más aplicados. He preparado varios doctorandos en Suiza, que participan, a menudo, en las actividades académicas que organizo en Bayreuth. En Suiza me han atendido siempre con gran hospitalidad. En cierto modo, Suiza se asemeja todavía a una gran familia; se cultiva aún, de forma parecida a España e Italia, el arte de la amistad y la virtud de la hospitalidad.

¿Y las virtudes de los estudiantes alemanes?

¡Sin duda, sin duda! Los estudiantes alemanes también tienen grandes virtudes: trabajan y piensan con gran compromiso, están especialmente motivados desde el punto de vista político; los mejores estudiantes intentan continuar la buena tradición del idealismo alemán. Esto ha ocurrido ocasionalmente también en Bayreuth, aunque su cielo tormentoso (¡Richard Wagner!) puede tener, naturalmente, su propia repercusión.

Me consta, profesor Häberle, que ha rechazado usted, reiteradamente, la posibilidad de ocupar cargos institucionales (incluso de naturaleza técnico-jurídica) que le hubieran supuesto desviar una gran parte de su esfuerzo investigador. Sin duda esa negativa a salir del ámbito de la investigación científica ha sido extremadamente fructífera. ¿No cree, sin embargo, que la atención a la práctica puede ser enriquecedora para un jurista?

Sobre mi escasa actividad práctica tengo que decir que, por un lado, siempre he declinado las solicitudes de dictámenes de partidos políticos, gobiernos o círculos económicos, temiendo

que, de manera inconsciente, pudiera actuar con parcialidad. Por otro lado, reconozco que los colegas que se han ocupado de esta faceta práctica, también como jueces, han conseguido un material adicional de aprendizaje y enseñanza gracias a la abundancia de estímulos de la práctica. Yo, sin embargo, he preferido seguir tan sólo mi camino como profesor, valorando absolutamente que los colegas elijan otro distinto. Desde luego, no dejo de ver los riesgos que este último puede suponer para la investigación, como acaso los que pueden derivarse de la intensa actividad dictaminadora de los colegas de otros países.

A pesar de la negativa a ocupar cargos, como antes indicaba, sí ha tenido usted una experiencia importante como asesor constitucional de diversos gobiernos. ¿Cuál considera que ha sido su aportación en ese ámbito? ¿Se ha tratado de una experiencia positiva para usted?

Desde *la hora mundial del Estado constitucional* en 1989, he tenido la suerte de poder participar como experto en procesos constituyentes de diversos países, fuera de Alemania. Primero en 1991, bajo la forma de un amplio dictamen en el marco del proceso constituyente de Estonia. En Polonia en diversas ocasiones, como por ejemplo en la subcomisión del Sejm en materia de derechos fundamentales, y posteriormente en el marco de dos grandes congresos. He presentado propuestas concretas para los trabajos constituyentes en Polonia, que se han publicado en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* que dirijo y que se han traducido, además, al polaco y al inglés. Esas propuestas han sido tenidas en cuenta, especialmente en relación con la garantía del contenido esencial de los derechos o las fuentes del derecho. Entre los compromisos posteriores cabe mencionar las conversaciones con miembros de la bicameral en Roma, así como un seminario en la Fundación Agnelli en Turín sobre el regionalismo en Italia. He mantenido también conversaciones informales permanentes con muchos colegas que estaban implicados en procesos de reforma constitucional.

Recientemente tuve la hermosa experiencia y el honor de impartir la ponencia científica inaugural en la reforma constitucional cantonal de St. Gallen en septiembre de 1996. Allí presenté propuestas concretas, como por ejemplo, sobre si la Constitución cantonal de St. Gallen debería incorporar *una pequeña cláusula sobre Europa*. Esta propuesta despertó gran interés en la opinión pública de St. Gallen. Suiza se mueve con dificultad en relación con Europa, pese a que es un país central de la vieja Europa. Mayor motivo para intentar, de manera prudente, abrir Suiza a la idea de Europa. Suiza pertenece ya desde hace tiempo a la CEDH, pero la cuestión es si y cómo incorporarse a largo plazo a la Unión Europea. En todas esas actividades consultivas, me he esforzado en aplicar un *academic self restraint*. Es desagradable cuando algún profesor quiere influir de forma demasiado didáctica en los procesos constituyentes de otros países europeos. Para mí se trata sólo de proponer alternativas concretas de textos y posibilidades desde el pensamiento jurídico-constitucional, pero sin presentar soluciones definitivas.

Pasamos ahora, si le parece, a otras cuestiones relativas a la atmósfera intelectual de Alemania. En una entrevista realizada por el doctor Cesar Landa, de la Universidad de Perú, hace poco más de un año, le describía como uno de los dilectos herederos de la cultura jurídico-constitucional alemana del presente siglo, después de Kelsen, Schmitt, Heller, Smend y Hesse (descripción que se reproduce en el espléndido perfil biográfico que realiza con motivo de la traducción parcial al español de su obra Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz). Usted mismo suele referirse a algunos de los autores anteriores para caracterizarlos como los gigantes sobre cuyos hombros los autores de nuestra época, entre los que usted se incluye, pueden ver más allá, gracias precisamente al trabajo desarrollado por ellos. Me va a permitir que le pregunte por esos gigantes, sobre la influencia que tuvieron en su época y sobre las aportaciones que ha contribuido a desarrollar la ciencia jurídica y el derecho constitucional que

hoy conocemos. Comencemos por R. Smend, que fuera el maestro de su propio maestro, el profesor Hesse.

De hecho utilizo gustosamente la imagen de los enanos sobre los hombros de los gigantes de la que podría añadir que procede del siglo XIII y en nuestros días la ha hecho suya un erudito americano. La teoría constitucional bajo la Ley Fundamental de Bonn debe mucho, si no la mayor parte, a los gigantes de la época de Weimar. Y si utilizo la palabra *gigantes* no lo hago irónicamente, sino muy en serio. Sobre los hombros de esos gigantes vemos nosotros, como enanos, quizá ocasionalmente, más lejos que esos gigantes, pese a lo cual ¡seguimos siendo enanos! Me pregunta por las grandes figuras de la teoría constitucional de Weimar y le contesto con gusto: de Rudolf Smend puedo considerarme su nieto pequeño, de alguna manera, a través de mi gran maestro Konrad Hesse. Rudolf Smend es para mí especialmente valioso en atención a su principio científico-espiritual, así como a su teoría de los derechos fundamentales que en su tiempo produjo un giro con su conocido trabajo sobre la libertad de expresión (1928). Ciertamente, se reclamaron algunas correcciones que se realizaron en atención a algunas exageraciones de la teoría de la integración. Sin embargo, yo no participo de la crítica de otro de los grandes, Erich Kaufmann, que llegó a establecer, en retrospectiva, una relación entre la teoría de la integración y el fascismo. Las correcciones que la teoría de la integración, de 1928, necesitaba fueron realizadas por Rudolf Smend en los años sesenta.

Quisiera conocer igualmente su opinión respecto de H. Heller, un autor muy cercano a los españoles, como usted sabe, y que sigue siendo una referencia inexcusable para un amplio sector de constitucionalistas.

Es manifiesto que yo le debo más a que a nadie, tanto en el aspecto personal cuanto en el científico, a Hermann Heller. Él es, para todos nosotros, un modelo debido a su integridad personal

e independencia, su compromiso democrático y ciertamente, su inclinación a España, donde pudo encontrar asilo en su exilio. En el plano científico, debo a Hermann Heller la comprensión profunda de una teoría del Estado culturalmente integrada, que yo he intentado continuar bajo la idea de una teoría científico-cultural de la Constitución.

También me gustaría que nos hablara de Kelsen, si es que es posible tratar un pensamiento tan complejo en los reducidos términos de la contestación a una pregunta dentro de una entrevista.

Unas palabras sobre Kelsen. No necesito decirle que yo me separo del mundo de Kelsen en el aspecto metodológico; pero debo señalarle igualmente que su gran contribución sigue viva, por un lado en cuanto a la teoría de la *construcción escalonada* del sistema jurídico. Hoy tenemos en muchas Constituciones nuevas la indicación expresa de la primacía de la Constitución, norma suprema, como *norma de las normas*, lo que es claramente también un gran mérito de Kelsen. Finalmente, Kelsen es, por otro lado, uno de los padres de la jurisdicción constitucional en Europa.

En relación con Schmitt, también muy conectado a España por motivos familiares, y cuyas obras han tenido una cierta difusión en nuestro país, sería muy interesante conocer su valoración de este autor.

El enjuiciamiento de Carl Schmitt es todo lo difícil que se pueda imaginar. En una recepción en Roma, hace cuatro años (durante una de mis ya siete estancias como profesor invitado allí) me preguntó el entonces presidente de la República Cossiga, entre un círculo de ilustres colegas, lo siguiente: “profesor Häberle, ¿qué opinión tiene de Carl Schmitt?”, a ello contesté yo, provocando sonrisas entre los presentes: venerado presiden-

te, ¿a qué Carl Schmitt se refiere usted?, al gran Carl Schmitt de la *Verfassungslehre* de 1928, no superado hasta ahora por su fuerza sistemática y sus innovaciones, o se refiere usted al otro Carl Schmitt, completamente diferente, el que escribió ese indescriptible trabajo *Die Juden in der deutschen Rechtswissenschaft* (*Los judíos en la ciencia jurídica alemana*) o el nefasto artículo *Der Führer schützt das Recht* (*El Führer protege el derecho*). Veo con pesar que, en algunos países latinos, ante todo en Italia, pero también en España, se ha producido una especie de renacimiento de Carl Schmitt. También a mis colegas y amigos de Suiza, por ejemplo, en Berna o en Fribourg, les resulta incomprensible este renacimiento, si se tiene en cuenta esa doble faceta de la persona y muchas de las manifestaciones de Carl Schmitt durante el régimen nazi.

Por último, si me permite, la inevitable referencia a su maestro, K. Hesse, también muy conocido en España, especialmente desde la traducción parcial de los Grundzüge realizada por el profesor Cruz Villalón.

Es una alegría para mí que me pregunte por mi maestro Konrad Hesse. Precisamente fue ya entrevistado magistralmente en el marco de esta publicación por el profesor y magistrado constitucional P. Cruz Villalón, él ha aportado mucho a la recepción de Konrad Hesse en España por medio de sus traducciones. Al profesor Hesse le debo la formación en un pensamiento disciplinado y estrictamente sistemático, así como la disposición para una revisión permanente de las propias posiciones y la cercanía a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Él fue uno de los pocos jueces no vinculado a los partidos, de los considerados como jueces neutrales; quizá el último (1975-1987). Por lo demás, me ha alentado desde el principio, desde los tempranos tiempos de estudiante en Friburgo hasta hoy y me ha honrado con su dedicación amistosa.

Parece claro que en el derecho constitucional alemán de este siglo, se pueden distinguir, al menos, dos periodos: el de la República de Weimar y el de la Ley Fundamental de Bonn. Ahora bien, me gustaría conocer su opinión respecto de hasta qué punto la reunificación no ha abierto un nuevo periodo histórico que supera los límites del sistema de la Ley Fundamental de la antigua República Federal de Alemania (ahora, por cierto, caracterizada ante el exterior, simplemente como Alemania). Ciertamente que no ha habido una transformación del régimen constitucional, una vez descartada la vía del artículo 146 GG. Pero también lo es que, la propia unificación no puede dejar de considerarse en sí misma una modificación constitucional en sentido amplio, una reconstitución de Alemania, aunque sólo fuera por la aportación de territorio y de población que supone. Se trata, además, de una incorporación que conlleva también la integración de valores inevitablemente distintos, por parte de los nuevos ciudadanos del Este. Usted mismo ha destacado en sus más recientes trabajos hasta qué punto la reunificación de Alemania ha marcado un cambio importante, incluso en el ámbito del derecho constitucional. Las Constituciones de los nuevos Länder incorporan aspectos muy avanzados respecto del sistema constitucional de la Ley Fundamental. Me gustaría que se detuviera en esa cuestión, por un lado, y que me indicara en qué medida la reunificación puede suponer un impulso renovador para el derecho constitucional en Alemania.

El feliz acontecimiento de la reunificación de Alemania en 1989/1990 nos ha situado a todos nosotros ante difíciles cuestiones constitucionales. Ante todo, el debate sobre la vía correcta para la reunificación; la del artículo 23 de la GG, que fuera calificado por Willy Brandt como un camino equivocado o la del artículo 146 de la GG, que algunos tomaron por el mejor camino para la reunificación. El profesor Grimm y yo propusimos simultáneamente y de manera independiente el uno del otro, una solución de compromiso, basada en la combinación de la vía

relativamente rápida del artículo 23 con la vía del artículo 146. Recordemos que en la historia constitucional francesa, en 1793, un gran texto decía: “una Constitución que no ha sido aprobada por el pueblo no es Constitución”. De ahí la propuesta de que el proceso constituyente derivado de la reunificación de 1990 debía haber sido coronado por una decisión final del pueblo. Sigo siendo de la opinión de que esto era y es necesario y de que hubiera sido el mejor camino. También por cuanto hubiera permitido salir al paso de ciertas críticas.

Usted sabe que la reunificación interior está todavía pendiente, que hay grandes problemas para esa *unidad interna*. Ante todo, no podemos conseguir la unidad interna de Alemania sólo con la transferencia anual de 150 miles de millones de marcos. La unificación interior es una cuestión de cultura política, de respeto por las tradiciones, en parte distintas, del este de Alemania, de la psique de los ciudadanos de allí, tanto como ellos saludaron y quisieron en 1990 a la Ley Fundamental. Un acto formal del constituyente alemán hubiera sido necesario en 1990 como es necesario (aun siendo complicado) un acercamiento a largo plazo, que no puede conseguirse sólo con dinero, sino con mucha tolerancia y con el reconocimiento del perfil propio de las cinco nuevas Constituciones de los *Länder* del este de Alemania. Las cinco Constituciones de los *Länder* orientales a las que les precedieron aproximadamente 35 proyectos, han sido publicadas en *mi Jahrbuch des öffentlichen Rechts*. En particular la de Brandenburgo y parcialmente también la de Sajonia han supuesto un gran enriquecimiento en diversos aspectos. Por ejemplo, se gana en la delicada cuestión de la elección de los jueces constitucionales en Brandenburgo, debido a que se prevé una audiencia pública para los candidatos. Tendremos que ver, desde luego, si da buen resultado en la práctica. Usted conoce el modelo de *Hearings* en la elección de los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos; también hay allí excesos, decepciones y retrocesos, pero en conjunto merece la pena el intento. Ya en el coloquio en homenaje a Ernst Friesenhahn de 1972, abogué, como él mismo,

por este sistema. Pero también en el ámbito de los derechos sociales, de la protección del medio ambiente, del fortalecimiento de la oposición parlamentaria dentro del parlamento del *Land* y de la formación del poder constituyente estatal encontramos materiales notables que expresan un nuevo nivel en los textos constitucionales de los cinco *Länder* orientales. En esa medida, podemos hablar, en relación a la parte oriental de Alemania, de un *taller* para el naciente derecho constitucional de la Alemania reunificada. Con ello se corresponde, claro está, el perfil propio que ha alcanzado la abundancia de géneros de la literatura científica en el ámbito jurídico: desde manuales hasta comentarios, pasando por monografías, comentarios de jurisprudencia y recensiones de libros, así como la repercusión temprana que está teniendo en relación con la literatura científica de la parte occidental de Alemania. Ante todo, debemos evitar los alemanes occidentales toda autocomplacencia y arrogancia frente a los perfiles propios de las Constituciones de los *Länder* del este de Alemania.

Vamos a pasar, con su permiso, a otro ámbito de cuestiones de gran interés, como es el relativo a los derechos fundamentales. El objetivo fundamental de esta entrevista no es otro, me parece, que ofrecer a los lectores del Anuario que dirige el profesor Garrarena, una visión general de su obra, de sus aportaciones fundamentales a la ciencia del derecho y especialmente, al derecho constitucional actual (diría más, al derecho constitucional futuro, pues, como indica César Landa, usted ha sabido ir siempre un paso adelante de las circunstancias históricas). Comoquiera que su pensamiento se ha diversificado en ámbitos muy variados, me va a permitir que abordemos esta parte de la entrevista diferenciando algunos de esos campos. No se trata, como comprenderá, de seguir aquí la estructura del pensamiento encasillado que usted tanto critica. No son compartimentos estancos, sino aspectos sustantivos de una obra con una permanente tendencia hacia el sistema, como es la suya. Espero que así lo entiendan también los lectores de esta entrevista, porque una de las facetas que más llama la atención de su

trabajo investigador es la coherencia interna y el intento permanente de agotar al máximo las consecuencias de cada una de sus teorías, dentro de un sistema en el que la flexibilidad y la multifuncionalidad son valores esenciales. Estos últimos rasgos los ha aplicado usted especialmente a los derechos fundamentales. Si me permite, quisiera comenzar por el principio: la gran aportación que supuso su teoría (Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz, 1962), sobre la doble naturaleza de los derechos fundamentales. Me gustaría que explicara esta tesis y que, al mismo tiempo, expusiera si se considera que de este planteamiento puede inferirse un reforzamiento de la posición del Tribunal Constitucional respecto de la del legislador.

Desde el principio he criticado el *pensamiento encasillado*. Con ello quiero decir lo siguiente: hay muchas teorías de los derechos fundamentales para las que la dogmática es un fin en sí mismo. Para mí, sin embargo, toda dogmática jurídica tiene un carácter puramente instrumental, debiendo desarrollarse para servir a los derechos fundamentales y a las exigencias de la justicia. Esto significa: toda dogmática tiene que permanecer abierta, teniendo ciertamente la función positiva de proporcionar seguridad jurídica, pero sin que sus conceptos lleguen a alcanzar vida propia, pues están al servicio del desarrollo continuo de los principios jurídico-constitucionales. En relación con este tema propuse, en la ponencia de la reunión de profesores de derecho público de Regensburg, que toda *política de derechos fundamentales* y toda interpretación de los derechos fundamentales debería estar al servicio del perfeccionamiento de la eficacia garantizadora de los derechos fundamentales. Esto significa también que no deberíamos estar satisfechos encerrándonos en casillas pequeñas, pues éstas no pueden ser la última palabra del desarrollo de los derechos fundamentales.

En relación con su pregunta sobre el doble carácter de los derechos fundamentales. Desarrollé esa tesis del *doble carácter* de todos los derechos fundamentales en mi tesis doctoral de 1962.

La idea directriz era la siguiente: todos los derechos fundamentales tienen una doble faceta, una subjetiva-individual y una objetiva-institucional. Yo estaba entonces fuertemente influido por el gran teórico del Estado Maurice Hauriou. Tan sólo la faceta institucional, jurídico-objetiva permite reconocer las necesidades de conformación de todas las libertades, que no nos son *naturalmente* dadas. Ambos aspectos están en una relación de condicionamiento recíproco. Esto se puede explicar, del mejor modo, en relación con la familia y la propiedad. La familia no es sólo un haz de derechos subjetivos, aunque, actualmente, en las Constituciones más recientes, por ejemplo en Polonia y en Sudáfrica, se vean fortalecidos cada vez más los derechos de los niños. La protección de la familia, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 6o. de la GG, tiene también referencias objetivas, está necesitada de configuración y así el legislador fiscal tiene que tomar en consideración la unidad de la familia en interés del llamado *equilibrio de contribuciones familiares* y también debe atender a las extraordinarias prestaciones culturales y financieras que los padres llevan a cabo en el marco de sus funciones educativas. Pero hay que tener en cuenta que este doble carácter de los derechos fundamentales no ha sido mi última palabra sobre la materia. En mi ponencia de la reunión de profesores de derecho público de Regensburg (¡usted precisamente conoce como ningún otro colega español Regensburg!) desarrollé ampliamente esta teoría y propuse la comprensión pluridimensional de los derechos fundamentales, lo que significa que en función de las nuevas situaciones de riesgo que acechan a los derechos fundamentales habrá que descubrir nuevas direcciones, niveles de eficacia y dimensiones de las garantías de los derechos fundamentales. Aquí hay que situar, en particular, el *status activus processualis* que ha sido especialmente considerado, ante todo en Polonia y Japón —gracias a diversas traducciones de mis trabajos—.

Hay que recordar, en relación con este tema, que el Tribunal Constitucional Federal en una temprana sentencia pionera estableció las tres garantías del matrimonio y la familia: la faceta

subjetiva-individual, el significado de la protección de la familia como garantía de instituto y su significado como norma principal que expresa valores. Con ello se anticipó la hoy conocida teoría *principal* en materia de derechos fundamentales y se desarrolló por el Tribunal Constitucional Federal, en los años cincuenta, *in nuce*, una concepción pluridimensional de los derechos fundamentales. Algunos críticos que han maximizado la faceta individual, deberían tenerlo presente.

Se podría objetar que la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales y de la correspondiente concepción pluridimensional fortalece únicamente a la ciencia y a la dogmática o favorece a la jurisprudencia. Pero no es así. En mi opinión, tendríamos que hablar de una división del trabajo jurídico funcional entre todos los interesados en la optimación de los derechos fundamentales y en su mayor eficacia. Junto con el Tribunal Constitucional Federal, que ha realizado múltiples aportaciones a través de sus grandes sentencias directivas, también el legislador parlamentario tiene hoy (piense usted en el derecho fiscal o en el medio ambiente) una función primaria de conformación. Precisamente la garantía jurídico-objetiva del medio ambiente (y algunas Constituciones hablan incluso de un derecho fundamental al medio ambiente) exige un compromiso intenso del legislador democrático. La efectividad de los derechos fundamentales depende en gran medida de la fuerza del legislador parlamentario; también depende mucho del tacto y de la sensibilidad de los correspondientes tribunales constitucionales en cuanto a la función complementaria que realizan. Por lo demás, podríamos dirigirnos a la rica experiencia de los Estados Unidos de América: allí hay una y otra vez periodos de activismo judicial y de restricción judicial. Quizá sólo el espíritu reinante pueda decir al fin y al cabo cuando es necesario un activismo judicial y una restricción judicial en el ámbito de los derechos fundamentales. Pero quisiera subrayar, en cuanto modelo teórico, que todos los interesados en la protección de los derechos fundamentales tienen una función que cumplir y especialmente le resulta exigible

al legislador hoy como nunca antes, en cuestiones como la de la ingeniería genética para la protección de la dignidad humana.

Siguiendo con sus propias aportaciones, quisiera detenerme ahora en su concepción de los derechos fundamentales en el Estado prestacional, en el Estado social (Grundrechte im Leistungsstaat, 1972). Ante todo, respecto de las dificultades crecientes del Estado para garantizar este tipo de derechos. También, sobre las perspectivas de futuro. Usted mismo ha dicho que las prestaciones estatales deben entenderse bajo la reserva de lo posible, pero que, al tiempo, los derechos fundamentales deben entenderse bajo la exigencia de lo real. ¿Cree que esta exigencia se podrá seguir realizando en el futuro, o que, por el contrario, la presión de los mercados y la orientación progresivamente limitadora del Estado se van a imponer reduciendo cada vez más el ámbito de estos derechos?

El mercado es hasta hoy un ser desconocido. Necesitamos una teoría constitucional del mercado. Yo sostengo que el mercado no es el sentido último del Estado constitucional. La sociedad abierta no es un juego de ganancias económicas. Una República se basa en el trabajo, como dice la Constitución italiana de 1947, se fundamenta en la dignidad humana, descansa sobre la cultura, pero no se basa en los mercados. Por fructífero que pueda ser el *proceso de descubrimiento*, en el sentido de F. A. von Hayek, el mercado como “proceso de descubrimiento”, el mercado tiene que tener sus fronteras, debiendo situarse como instrumento al servicio de la dignidad del hombre. Por lo demás, no me siento muy feliz con la economización y comercialización propia del espíritu de nuestro tiempo, que podemos observar hoy a nivel universal. Es casi una dialéctica en el sentido de Hegel que precisamente en el momento en el que el mundo de valores occidental y la idea del Estado constitucional han prevalecido sobre el materialismo del leninismo, precisamente desde 1989 observamos cómo va ganando terreno el pensamiento económico

unilateral. A este pensamiento tenemos que marcarle fronteras. Podría objetarse que el Estado social debe limitarse y transformarse, recordamos la cuestión de los *límites del Estado social*. Ciertamente el Estado social tiene que ser capaz de ofrecer prestaciones; tenemos que pasar de un entendimiento cuantitativo del Estado social a un entendimiento cualitativo. Pero aquí el proceso científico y el político están todavía en sus comienzos. En el transfondo de su pregunta está también la reflexión sobre si existe una *prohibición de retroceso* del Estado social. En mi opinión, hay un núcleo de elementos del Estado social que se fundamentan en la dignidad humana y también en el principio democrático, que no pueden ser eliminados. Pero es admisible, sin duda, la reformulación de las prestaciones sociales. Algunas prestaciones sociales se han desbordado tanto en Alemania durante los años setenta, que las correcciones son necesarias y lícitas.

Nos quedan todavía cuestiones relativas a los derechos. Me gustaría que explicara su concepción respecto de lo que usted ha definido como el status activus processualis: las condiciones organizativas y procedimentales de garantía de los derechos fundamentales (Grundrechte im Leistungsstaat, 1972). Se ha hablado mucho de la inflación de derechos fundamentales y de cómo esta inflación podía producir una hipertrofia y una devaluación de los mismos. Usted mismo ha señalado como característica positiva, y sin duda lo es, el creciente desarrollo de nuevas instituciones de protección en los últimos textos constitucionales de los Länder del este de Alemania y de Europa del Este. ¿No cree, sin embargo, que una proliferación de procedimientos e instituciones de garantía pueden también suponer un peligro para la protección de los derechos? Un ejemplo lo podríamos tener en los derechos procesales: la acumulación de garantías junto con la falta de medios materiales provoca un retraso en los procesos absolutamente incompatible con la tutela judicial de los derechos. ¿Cree que los Estados actuales están cumpliendo las obligaciones que les corresponden en relación con ese status activus processualis?

Usted conoce la teoría de los *status* de Georg Jellinek, universalmente difundida. Como desarrollo minúsculo de esa gigantesca teoría de Georg Jellinek, presenté yo en su día esta propuesta del *status activus processualis*. Con ella se quería decir lo siguiente: los derechos fundamentales necesitan para su efectividad de la garantía de los derechos en sentido amplio y en sentido estricto. La idea clave no se discute hoy apenas: “la protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el proceso”. El Tribunal Constitucional Federal ha confirmado esta tendencia, inicialmente en un voto particular (E 53) y posteriormente en su jurisprudencia. La protección de los derechos en sentido estricto, en mi opinión, es la clásica protección jurídica por medio de los tribunales, ya sean tribunales constitucionales, tribunales contencioso-administrativos o tribunales ordinarios, a los cuales ya usted se ha referido. Pero lo que hoy se ha desarrollado casi a nivel mundial es la protección de los derechos fundamentales en sentido amplio, como por ejemplo por medio de la institución de origen escandinavo del *ombudsman*. Así ocurre en Polonia, donde la señora Letowska, la primera *ombudsfrau* de ese país, ha prestado grandes servicios en ese ámbito. Precisamente porque la protección judicial a menudo es costosa y también a menudo llega demasiado tarde, resulta necesaria la protección de los derechos fundamentales en sentido amplio. Así, por ejemplo, los comisionados o las agencias para la protección de datos personales, protección de la familia, y otros similares. Es digno de mención que precisamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo haya censurado hace pocas semanas, por primera vez al Tribunal Constitucional Federal alemán porque su protección jurídica (por medio del recurso de amparo) se hubiera llevado a efecto de una manera excesivamente lenta: un reclamante en amparo había tardado cinco años en obtener una sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Vemos como la protección jurídica europea de la CEDH proyecta su eficacia de una manera positiva hacia Alemania y por primera vez, incluso el Tribunal Constitucional Federal alemán, tan elogiado

con razón, recibe una censura de Estrasburgo. En mi opinión, la protección jurídica en sentido amplio es todavía susceptible de desarrollo y está necesitada de ese desarrollo. En Sudáfrica, en la nueva Constitución de 1996/7, se ha previsto un defensor del menor que también es una muestra de la protección de los derechos fundamentales en sentido amplio, por cuanto la protección de éstos en sentido estricto, la protección judicial, a menudo no es suficiente.

Pasamos a otro ámbito de la protección de los derechos, la protección de los derechos de los grupos, que usted ha definido como status corporativus. Se trata de un principio de progresiva implantación en Europa respecto de la protección de las minorías. Me gustaría que nos hablara de esta cuestión y también respecto de cómo solventar las tensiones que se generan. Por un lado, entre el Estado unitario y las minorías nacionales que aspiran a mantener su identidad o a alcanzar su autogobierno. Por otro, entre los nuevos poderes políticos que se forman en torno a minorías nacionales (sean Estados o regiones) y las minorías que deben someterse a esos nuevos poderes políticos.

Sobre la idea del *status corporativus*, propuesta por mí por primera vez en 1980, se trata de lo siguiente: muchos catálogos de derechos fundamentales de los primeros tiempos son, por influencia de la Declaración de Derechos de 1789, ahora como antes, unilateralmente orientados en sentido individualista. Hoy sólo hay correcciones parciales. Una aportación temprana fue el artículo 19.3 de la GG, de acuerdo con el cual los derechos fundamentales son aplicables también, en lo que su naturaleza permita, a las personas jurídicas. Igualmente, el artículo 20. de la Constitución de Italia (“sea como individuos, sea en el interior de formaciones sociales”). Este principio me ha inspirado la idea del *status corporativus*, en base al cual puede decirse que el ser humano no vive sólo como individuo aislado para sí, sino que vive desde el principio en una plenitud de grupos sociales,

comenzando por la familia, culminando acaso en una asociación Mozart o Goethe, mostrándose en los sindicatos, manifestándose en cierto modo también en las sociedades religiosas. Casi la totalidad de la vida individual tiene también una referencia de grupo, incluida la libertad ideológica y de creencias.

Una cuestión especial es la referente a la protección de las minorías. Aquí me gustaría remitirme al extraordinario texto de la Constitución reformada de Hungría de 1989, que ha producido el avance textual por el cual las minorías se consideran *factores de formación del Estado*, uno de los mejores textos constitucionales que pueden encontrarse a nivel mundial sobre este tema. Piense usted como, por el contrario, en la ex-Yugoslavia, las minorías han sido un factor de destrucción del Estado. Hungría ha desarrollado una práctica ejemplar de protección de las minorías y ese modelo ha hecho escuela. Así, por ejemplo, la nueva Constitución de Polonia de 1997 dice en su artículo 35.2: “Las minorías nacionales y étnicas tienen el derecho a fundar instituciones culturales y educativas propias e instituciones para la protección de su identidad religiosa, así como a participar en las decisiones sobre su identidad cultural”. Esta es una prueba de la evolución de los textos en materia de libertad cultural corporativa. No niego que son posibles tensiones entre la garantía corporativa de esa protección de las minorías y la unidad del Estado. Pero el Estado constitucional moderno vive también de su diversidad regional o federal. El desarrollo de la protección de las minorías como garantía corporativa, promovida por el Consejo de Europa, dependerá del arte de los constituyentes y de la praxis constitucional de las próximas décadas, especialmente en Europa oriental. La cultura constitucional de Suiza ha llevado a cabo contribuciones pioneras en esta materia: en el campo de la libertad lingüística es un modelo para las tensiones que se originen y para las posibles soluciones que se arbitren.

Existen ya algunos modelos en relación con la protección de las minorías corporativas. Así, en Austria, tanto el Convenio estatal de 1955 como también la Ley de Grupos Nacionales de

1976 han desarrollado soluciones ejemplares. Existe un comité consultivo de los grupos nacionales y deberíamos preguntarnos si otros países que como Austria (acaso Croacia y Eslovenia) tienen minorías culturales, no deberían establecer este tipo de comité consultivo para los grupos nacionales, que mas allá de la influencia de los partidos políticos, asumiera facultades deliberantes y, en sectores determinados, decisorias.

Antes de pasar a la última pregunta de este bloque sobre los derechos, me gustaría que expusiera su percepción actual sobre la garantía del contenido esencial, a la que dedicó su tesis doctoral. No hace mucho, con motivo de un coloquio celebrado en España, manifestaba usted su convencimiento de que el éxito de esta idea en las Constituciones y en la jurisprudencia implica ya un progreso considerable y que pese al significado retórico de la fórmula, no dejaba de ser una garantía para supuestos límites en que aparezcan nuevos peligros para los derechos fundamentales. Debo decirle que en nuestro sistema constitucional, este concepto (además de expandirse en la jurisprudencia constitucional hacia otros campos ajenos al de la garantía de los derechos e incluso al de los límites del legislador: el contenido esencial de la autonomía territorial, de la reserva de ley, del proceso, etcétera) ha resultado muy útil en orden a reforzar la propia normatividad de la Constitución frente a las omisiones del legislador en el desarrollo de los derechos. Así se ha percibido en la jurisprudencia constitucional e incluso se ha incorporado (creo que con esa pretensión) por el propio legislador, al regular el procedimiento administrativo común, determinando la nulidad de pleno derecho de los actos de las administraciones públicas que “lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional” (artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC). Me gustaría conocer su opinión sobre este desarrollo de la garantía en nuestro ordenamiento.

Estoy contento de haber podido analizar hace ya tiempo, bajo la dirección de mi maestro Konrad Hesse, la garantía del contenido esencial de la Ley Fundamental. Es de notar que la garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la GG sigue haciendo *carrera*. Así, la Constitución polaca de este año contiene una cláusula propia en la que establece una protección del contenido esencial. También, por ejemplo, la nueva Constitución de 1996 de Kwazulu-Natal, una región de Sudáfrica, y la nueva Constitución de Sudáfrica (que ha entrado en vigor este año) contiene una formulación que recuerda a la garantía del contenido esencial. La dogmática del contenido esencial no se ha quedado en 1962, sino que hay nuevos intentos como el de la Constitución de Berna de 1993, donde se dan elementos de una teoría mixta del contenido esencial, que pueden considerarse como un nuevo nivel en el desarrollo de los textos constitucionales. La teoría *mixta* del contenido esencial de 1962 venía a decir que debían combinarse los elementos relativos, el principio de proporcionalidad, con la protección absoluta de la garantía del contenido esencial. Sobre ese planteamiento, el artículo 28 de la Constitución de Berna de 1993 supone un afortunado avance: de un lado ha consagrado la “prohibición de exceso”, de otro habla al mismo tiempo de una intangibilidad del *núcleo* de los derechos fundamentales. Se puede ver cómo toda la protección de los derechos fundamentales en Europa y más allá es, al fin y al cabo, una *acción concertada* de textos constitucionales innovadores, buenas doctrinas y sentencias directivas de los tribunales constitucionales europeos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austríaco ha aportado recientemente una jurisprudencia notable sobre el contenido esencial, y también el TJCE en Luxemburgo ha introducido, a través del *caso Liselotte Hauer*, una cláusula del contenido esencial no escrita en el derecho comunitario europeo. Entretanto, hoy somos más sabios que en 1962, cuando escribí la primera edición de mi tesis doctoral. En 1983 apareció la tercera edición, a la que siguieron, lo que es de agradecer, traducciones en italiano (1994) y en español (1997).

Me recuerda mi tesis del significado retórico de la garantía del contenido esencial; se trata, naturalmente, de una agudización retórica, pues lo que se quería decir era: si se defiende una perspectiva de la cláusula del contenido esencial del tipo *tanto-como o relativa-absoluta*, entonces se trata de una regla declaratoria, aunque, por así decirlo, es constitutiva en su sentido de reserva. La orientación de la literatura y la jurisprudencia española a los contornos más firmes de la barrera del contenido esencial es merecedora de elogio. Precisamente cuando una cultura de los derechos fundamentales está todavía en construcción, deben desarrollarse muchos principios específicos en orden a perfilar cada vez más la cláusula general del contenido esencial. Entretanto, yo soy de la opinión de que otro contexto cultural, como en el que hoy se encuentra la República Federal de Alemania, como un Estado constitucional más antiguo, tiene que tener una repercusión distinta en la dogmática. Esta idea es aplicable también en otras cuestiones, como en relación con el tema del regionalismo o el federalismo. En mi opinión, el específicamente joven contexto cultural propio de España ha conducido, con razón, a que la garantía del contenido esencial sea directamente aplicable también contra la administración y en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por último, profesor Häberle y, a pesar de que estoy provocando yo mismo una cierta inflación de los derechos en esta entrevista, quisiera que nos expusiera su concepción pluridimensional o poliédrica de los derechos fundamentales, concepción que usted caracteriza como flexible y abierta, que parte de un entendimiento mezclado o mixto de los mismos. Igualmente, que nos expresara su opinión sobre el entendimiento generacional de los derechos, tan extendido en la doctrina.

Vuelvo aquí a mi posición negativa contra el pensamiento encasillado o cuadrulado. Usted conoce la teoría de las tres generaciones de derechos humanos: los derechos humanos clásicos

cos, los económicos, sociales y culturales, y ahora el derecho al desarrollo, a la protección del medio ambiente, etcétera. En mi opinión, estas tres generaciones son una muestra de la fuerza y la necesidad del perfeccionamiento de la eficacia garantizadora de los derechos fundamentales; de la visión de los derechos fundamentales en el sentido de su evolución histórica y su desarrollo continuo de manera abierta. No podemos, sin embargo separar de manera estricta, en casillas: 1a. generación, 2a. generación y 3a. generación, los derechos humanos: una parte de la protección del medio ambiente está también contenida en la garantía clásica de la dignidad humana. Una parte de los derechos sociales, como por ejemplo, la asistencia social, se encuentra ya en el artículo 1o. de la GG. Las casillas deben entenderse, por tanto, en sentido relativo, puesto que hay múltiples relaciones entre las generaciones de derechos humanos. Estoy convencido de que posiblemente en 2010 se desarrolle una nueva generación de derechos humanos, que un John Locke del año 2000 proponga como utopía concreta, pero que hoy nosotros no podríamos reconocer. También esta generación se sitúa en la *interminable cadena de la existencia* en materia de derechos fundamentales, para aplicar una hermosa imagen de Goethe sobre el género humano. Por lo demás, hay que pensar también en las generaciones futuras, en el sentido de H. Jonas, a través de los derechos fundamentales. Recordemos su nuevo “imperativo categórico” sobre la supervivencia de la humanidad.

Pasamos ahora a un bloque de preguntas relativas a cuestiones metodológicas. Ante todo, quisiera que expusiera su idea sobre el derecho comparado como quinto método de interpretación. Se trata de un planteamiento que ha tenido un éxito inmediato, habida cuenta de las referencias permanentes que se encuentran sobre el mismo en la doctrina. Igualmente, me gustaría que hiciera una breve referencia al paradigma del desarrollo gradual de los textos.

El derecho comparado debería practicarse en dos direcciones. Hay derecho comparado en el tiempo, la tradicional historia jurídico-constitucional, y hay derecho comparado en el espacio, hoy en el espacio global o en el europeo, la comparatística. Ambos aspectos del derecho comparado podrían agruparse para formar un nivel más elevado. Desgraciadamente no hay científicos en Alemania que se hayan dedicado a los dos aspectos. Ulrich Scheuner, por ejemplo, era excelente en relación con la historia constitucional, pero no se dedicó al derecho comparado. También el gran Rudolf Smend se ha dedicado más bien a la historia jurídica, no a la comparación jurídica. Yo, por mi parte, me he centrado más en la comparación en el espacio y he hecho raramente comparación en el tiempo (sólo un amplio artículo sobre el tema “1789 y el Estado constitucional”). Lo ideal sería que ambos campos de la comparación se cruzaran: si observa, hago el signo de la cruz, un préstamo de los precedentes teológicos. Estoy convencido de que Aristóteles conoció ambas dimensiones de la comparación jurídica; se ha transmitido tradicionalmente que elaboró una recopilación de todas las Constituciones de su época, desgraciadamente perdida.

En cuanto a mi propuesta sobre *el derecho comparado como quinto método de interpretación*: son conocidos los clásicos métodos de interpretación que Friedrich Carl von Savigny elaboró en 1840, partiendo de los conceptos acuñados por los grandes juristas romanos. Precisamente en Madrid, en un Congreso celebrado en 1988, gracias a la invitación de Antonio López Pina, propuse que había que entronizar el derecho comparado como *quinto método de interpretación*. Hasta ahora no se conoce ningún esquema de combinación de los cuatro o los cinco métodos de interpretación. Tan pronto se sitúa en primer plano el criterio histórico como el teleológico, el gramatical o el sistemático. Tiene algo de positivo el que hasta ahora ningún jurista haya realizado un esquema organizativo para la combinación variable de los cuatro métodos de interpretación, pues de este modo permanece la interpretación constitucional flexible y abierta:

en suma, mi propuesta sobre *la interpretación constitucional abierta*. Le puedo poner dos ejemplos sobre cómo el derecho comparado se ha convertido hoy en el *quinto* método de interpretación. En la Constitución de 1996 de Kwazulu Natal, en Sudáfrica y en la propia Constitución de Sudáfrica, que ha entrado en vigor en 1997, en relación con la interpretación del *Bill of Rights*, se menciona en último lugar que el juez puede atender a los *foreign cases* a los casos de otros países. En mi opinión, se trata de un acontecimiento sensacional: la institucionalización y positivización del derecho comparado como una posibilidad de interpretación, para mí una gran alegría, sobre todo en el horizonte de mi *pensamiento posibilista* (G. Zagrebelsky ha hablado acertadamente de “possibilismo”). Es conocido que la doctrina constitucional sudafricana sigue muy de cerca los debates metodológicos en Europa. Por lo demás, se expresa aquí una tendencia general.

Me pregunta también por mi *paradigma de los niveles textuales*. Los constituyentes están hoy, en todo el mundo, en una intensa relación de producción y recepción. En concreto: las Constituciones de los *Lander* orientales, que he mencionado anteriormente, no se han limitado a incorporar, por ejemplo, instituciones que proceden del texto de la Ley Fundamental o de las Constituciones de los *Lander* occidentales, sino que han avanzado, incorporando también el desarrollo constitucional que se ha producido en Alemania occidental desde 1949, el despliegue de la dogmática y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Podría ponerle muchos ejemplos de cómo las Constituciones del este de Europa posteriores a 1989 han recibido también las experiencias prácticas y la doctrina de los países de Europa occidental. Por lo demás, el paradigma de las etapas textuales no es sólo un proceso formal, en otras palabras, *externo*, sino que por medio de los nuevos textos se hace visible una parte de la realidad constitucional de otros Estados constitucionales (más antiguos), produciéndose una recepción creativa.

Quisiera pedirle que se detuviera un momento en la relación entre el derecho constitucional y el contexto cultural. ¿Debe entenderse esa relación como complementaria, también, de la condición del derecho comparado como quinto método de interpretación? ¿El derecho comparado, aislado de ese contexto cultural, de la sistemática del ordenamiento y de la realidad del derecho constitucional vivo, no puede resultar distorsionante? Me permito ponerle un ejemplo propio, relacionado con la sistemática constitucional: en España se han recibido planteamientos relativos al concepto de reserva de ley como reserva de Parlamento o reserva de procedimiento legislativo, procedentes del derecho alemán. No se ha tenido en cuenta, sin embargo, que esos planteamientos eran coherentes en un sistema jurídico como el alemán que carece de fuentes con valor de ley (decretos-leyes o decretos legislativos), pero que resultaban inconsistentes en un sistema como el nuestro en el que la mera existencia de esas fuentes con valor de ley obligaba a buscar otros fundamentos de la reserva de ley. No todas las instituciones tienen el mismo significado en todos los países, pero no siempre el comparatista introduce ese elemento en su reflexión.

En 1982 empecé un primer intento programático de conformar la teoría de la Constitución como una ciencia cultural. Ello recurriendo a los debates de la época de Weimar, en particular a Hermann Heller, aunque también a otros grandes autores, como Max Weber o Gunter Holstein. Lo que se pretende decir es lo siguiente: las normas constitucionales no pueden interpretarse de manera, por así decirlo, autónoma, sólo *en sí y de por sí*, sino que deben situarse, desde el principio, en su contexto cultural. Debemos ser sensibles al contexto cultural. Rudolf Smend escribió ya tempranamente: aunque dos Constituciones expresen lo mismo, no por ello quieren decir lo mismo. Esto debe fundamentarse ahora en relación con la ciencia cultural. Así, acaso tenga la libertad de prensa en Alemania un contenido algo distinto que en España, debido al especial temperamento de los *líderes de opinión* españoles.

Siguiendo con la relación entre Constitución y cultura, ¿cómo afrontaría usted una crítica formalista desde el punto de vista metodológico? ¿Cree que esta perspectiva puede llegar a disolver los aspectos normativos (para algunos, los únicos estrictamente jurídicos) dificultando el análisis jurídico-constitucional?

No debe temerse, en mi opinión, por una disolución de la Constitución como ocasionalmente se ha afirmado (inicialmente por Ernst Forsthoff), como consecuencia de esa apertura del derecho constitucional a la cultura, más bien lo contrario. Hace posible una fundamentación a partir de la cual debe procederse de manera disciplinada y controlable racionalmente. La sociedad abierta necesita alimentación cultural. La sociedad abierta en el sentido del concepto de Popper estaría literalmente sin suelo y sin fondo si no consigue una cimentación cultural. Las investigaciones americanas sobre el concepto de “cultura política” han abierto aquí los primeros caminos. Lo que yo he hecho es aplicar la cultura en un sentido material a los textos constitucionales, como he mencionado, y creo que se puede verificar la existencia de estructuras internas básicas.

La crítica formalista no ha estado ausente en la valoración de su teoría sobre la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” (Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, 1975). Usted mismo sale al paso de las objeciones relativas a la posible afectación a la unidad de la Constitución. Quisiera pedirle que expusiera brevemente la tesis y la respuesta a esas objeciones.

En 1975 aventuré el paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Con ello se quería expresar lo siguiente: quien tiene relación con las formas, participa también, de manera consciente o inconsciente, en su interpretación. El ciudadano que interpone un recurso de amparo, el partido que promueve un proceso ante el Tribunal Constitucional, influyen finalmente en la interpretación de las normas constitucionales. Le

puedo poner un ejemplo especialmente preciso: el papel de la concepción propia de los intérpretes y los titulares de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal ha tenido en cuenta (por primera vez en E 24), la concepción propia de las Iglesias y sociedades religiosas, para la interpretación de los artículos 4o. y 140 de la GG. Yo extendí esos planteamientos a otros derechos fundamentales y los generalicé finalmente. Hoy se defiende usualmente en materia de libertad de asociación y, sobre todo, de libertad artística y científica. Los juristas han tenido, a menudo, grandes dificultades para la interpretación de la libertad artística. Piense usted en la delimitación de la pornografía o en el enjuiciamiento del famoso cuadro de Georges Gross en los tiempos de Weimar: “Cristo con la máscara de gas”, que hoy se considera una obra clásica. Los juristas tienen que atender, en la interpretación de la libertad artística y científica, a lo que el propio artista ha creado en el ámbito artístico y científico. Esto es para mí una muestra de la interpretación constitucional en sentido amplio, sobre la base de un concepto amplio de arte y de cultura, como el que propusiera a finales de los años setenta el gran artista J. Beuys. Ocasionalmente se podrá objetar que con esto se pierde en seguridad jurídica. En la medida en que pueda controlarse, de manera racional, esa atención a la autocomprensión de los creadores y los receptores de arte, no hay que temer un peligro para la “fuerza normativa de la Constitución” en el sentido de mi maestro, Konrad Hesse. En todo caso, los juristas no tienen el monopolio definitivo en el arte de la interpretación constitucional. La perspectiva del desarrollo histórico del Estado constitucional enseña cómo todas las fuerzas políticas y los grupos sociales o grandes figuras como Nelson Mandela en Sudáfrica, han realizado aportaciones creativas. Hermann Heller lo formuló en relación con una frase de Goethe: la Constitución es “forma acuñada que se desarrolla viva”.

Una cuestión que preocupa a muchos constitucionalistas en nuestro país, es el crecimiento desproporcionado (desde el punto de

vista de su legitimidad democrática por contraposición a la legitimidad que dan las urnas) de la capacidad de influencia de los medios de comunicación en relación con los partidos políticos y con los legítimos representantes de los ciudadanos. Volveremos sobre ello más adelante. Tan sólo quisiera plantearle ahora la interrogante ¿La capacidad de interpretación, incluso constitucional no depende también, en gran medida, de la capacidad de influencia social que se tenga? Con esta reflexión no pretendo criticar su tesis, sino tan sólo dar cuenta de los peligros que encierra una ampliación de la legitimación para interpretar en una sociedad en la que los poderes privados cuentan con bastante capacidad de acción, mientras que se les exige muy poca responsabilidad (lo cual no quiere decir que esa ampliación no se haya dado ya en la realidad fáctica). Esta es una cuestión que tiene mucho que ver con el entendimiento del pluralismo y el equilibrio entre democracia como expresión de la voluntad de la mayoría y democracia como expresión del pluralismo. Si el pluralismo en la interpretación constitucional no se basa en un auténtico pluralismo de los agentes sociales y, en especial, de los medios de comunicación, ¿no cree que, aunque el pluralismo de los intérpretes constitucionales no produzca una disolución de la unidad de la Constitución sí puede dar lugar a una reconstrucción de la misma por aquellos que tienen una posición dominante en los medios de comunicación? ¿Cómo se puede garantizar la efectividad del pluralismo?

Aborda usted, de nuevo, un tema central. El Tribunal Constitucional Federal ha establecido, especialmente en el campo de la radio y la televisión, la excelente diferenciación entre pluralismo externo y pluralismo interno. *Pluralismo externo* significa que las empresas privadas de radio y televisión se mantienen recíprocamente a raya gracias a la competencia, porque los mercados son abiertos. Quizá se trata de un modelo algo idealista, pues ahora se observa la existencia de una concurrencia en negativo: la pérdida cultural en el campo de la televisión privada

es enorme. En Italia es especialmente grande en Alemania, la televisión privada es casi incontestable. Respecto de la televisión pública, el Tribunal Constitucional Federal, partiendo de su primera sentencia sobre la televisión (en E 12) ha desarrollado, en ocho sentencias, el concepto de pluralismo interno: la idea de que la completa pluralidad de grupos sociales, opiniones e intereses, independientes del Estado, debe estar representada en la televisión. Este modelo funciona relativamente bien, y debo añadir que la Constitución de Baviera ha incorporado, mediante revisión, el pluralismo interno. Esta es una nueva confirmación del paradigma del nivel de los textos: una sentencia judicial termina convirtiéndose en texto constitucional. También respaldo la idea de servicio público: puesto que la televisión tiene una tarea cultural fundamental, hay una garantía de existencia y desarrollo de la televisión pública que, por cierto, a veces cae en el peligro de una *autocomercialización*.

Me habla del desequilibrio entre los medios de comunicación. Aquí podemos observar un creciente déficit, en particular en el campo de los grandes grupos periodísticos. Los medios regionales disminuyen y hay, cada vez más, grandes consorcios de medios de masas. Usted sabe que en Alemania el periódico *Bild* de Hamburgo consigue las mayores ventas. No tiene, sin embargo, ciertamente, el nivel cultural más alto. Aquí se abren, ante todo, en atención a una *democracia cultural* como dice la nueva Constitución de Sudáfrica, nuevos problemas. Resulta tranquilizador, pese a todo, que el canciller Federal Kohl, a pesar de las críticas unilaterales de los medios y de grandes cadenas de televisión, sea reelecto una y otra vez. En otras palabras: hay felices ejemplos de que un jefe de gobierno que ha prestado grandes servicios en el ámbito de la reunificación alemana y en el europeo, puede imponerse incluso contra la mayoría de los medios de comunicación.

Por último, y para terminar con este apartado, me gustaría profundizar en un aspecto que no es estrictamente metodológico,

aunque tiene una influencia determinante en las cuestiones metodológicas. Se trata de la concepción de la Constitución como Constitución del pluralismo. Me gustaría que se detuviera un momento en esta cuestión. Le agradecería también una referencia singular al significado de la institución del voto particular como manifestación de una concepción pluralista en el ámbito de la jurisdicción. Por último, para avanzar más en esa línea y puesto que estamos entrando en instituciones que son también una garantía de la independencia de los tribunales, le pediría una opinión sobre el sistema de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal en Alemania.

Entender la Constitución como pluralismo presupone la clarificación del concepto de *pluralismo*: es la representación de una diversidad de intereses e ideas. Esta teoría constitucional pluralista rechaza, por tanto, todo lo que podemos caracterizar con la palabra fundamentalismo o como Estado totalitario. Esta pluralidad no es sólo empíricamente dada, sino también continuamente replanteada. Tenemos que promulgar leyes pluralistas, por ejemplo, en el campo de los medios de comunicación o en el campo económico: tenemos que organizar la libertad de información de manera pluralista, lo que resulta especialmente difícil; y tenemos que procurar que en el gremio de los magistrados constitucionales el pluralismo de la Constitución tenga su continuación en el aspecto personal. La fundamentación teórica de la Constitución del pluralismo hay que buscarla en Popper. La idea de la sociedad abierta podemos tomarla de él. Lo que en Popper falta, sin embargo, es el principio científico-cultural: toda sociedad abierta necesita un consenso cultural fundamental, que hace posible la apertura y la cohesión. Así, acaso sean muestras de ese consenso cultural fundamental en Suiza la adhesión al juramento de Rutli de 1291, la adhesión a la democracia, a la República y, ante todo, a la división federalista del poder. A pesar de sus diferencias idiomáticas, los suizos tienen una voluntad nacional. Suiza ha experimentado de manera ejemplar, como se puede

practicar el pluralismo en cuanto diversidad, también de grupos étnicos, en el marco global de un único Estado constitucional.

Que la Constitución del pluralismo se realice no puede ser ordenado desde arriba, puede ser tan sólo apoyado desde los parlamentos, los tribunales constitucionales y la comunidad científica. La Constitución del pluralismo comienza su vida en los fines educativos, en las aulas escolares, pero al fin y al cabo, tiene que ser vivida por todos los ciudadanos, los partidos políticos y los grupos privados. Las asociaciones culturales tienen aquí un especial significado en todos los campos, tanto si se trata de academias como de círculos económicos o de sociedades sobre Goethe o sobre Lessing, le dan un impulso decisivo a la vitalidad de la Constitución del pluralismo. La democracia interna de los partidos está expresamente establecida en el artículo 21.1 párrafo tercero de la Ley Fundamental y nosotros hablamos de una “analogía democrática”. Sin embargo, debemos retener que el hombre no vive sólo de democracia. La democracia es la forma estatal que se corresponde con la dignidad del ser humano, pero tiene que haber también ámbitos en los que el principio democrático no pueda ser la máxima de organización dominante, pues en caso contrario se produciría una nivelación en todos los sectores culturales de los ciudadanos (por ejemplo: iglesias, orquestas).

Respecto de la cuestión del voto particular hay que decir, ante todo, que esta institución tiene una especial importancia en los tribunales constitucionales. La praxis de los votos particulares en el Tribunal Constitucional Federal, desde 1970, lo ha acreditado. Le pongo un ejemplo: al igual que en USA, existen muestras de cómo un voto particular termina convirtiéndose, con el tiempo, en mayoría en el Tribunal Constitucional Federal. Así, acaso, la gran magistrada constitucional Rupp von Brunneck, defendió tempranamente (en E 32) la concepción de que los derechos a la protección social son *propiedad* en el sentido del artículo 14 de la GG. Tras muchos años, el Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado en su Sala primera por esa posición. Cuando la interpretación constitucional se concibe como un pro-

ceso abierto, entonces se manifiesta el voto particular como *jurisprudencia alternativa*, como un fragmento de pluralismo en el plano de la jurisdicción constitucional. Sirve de base la idea de la comprensión de la Constitución como un proceso abierto. Estoy especialmente contento de que ahora, como muestra del paradigma de la evolución gradual de los textos, su gran Constitución de 1978 haya previsto expresamente la posibilidad del voto particular en su artículo 164, mientras que en Alemania se había introducido por medio de una simple ley federal (artículo 30 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). En Italia se discute actualmente la posibilidad de introducir el voto particular. Los tres últimos presidentes de la Corte Costituzionale en Roma me han preguntado por las ventajas e inconvenientes del voto particular, y yo siempre he abogado por él. Ciertamente, es necesario un uso prudente de este instrumento: un voto mayoritario no debe disolverse en muchos votos particulares. El magistrado constitucional tiene que esforzarse en no presentar permanentemente votos particulares (*self restraint*). Mi gran maestro Konrad Hesse consiguió que sus votos conformaran siempre la mayoría, sin ningún *dissenting vote*, un arte especial. Con gran alegría recibí la semana pasada el último voto particular del magistrado Cruz Villalón, que es corto y preciso. Los votos particulares no deben ser excesivamente locuaces, pero tienen que tener un despliegue de fundamentación intelectual especialmente elevada y aquí juega el método de interpretación comparatista un papel especial, como se puede constatar.

En relación con su pregunta sobre la elección de los magistrados constitucionales, hay que comenzar diciendo que la influencia de los partidos en los procesos de nombramiento de los magistrados de los órganos jurisdiccionales superiores es demasiado fuerte, aunque esto no se suele poner sobre la mesa, desgraciadamente, con la necesaria sinceridad. En Alemania es hoy casi imposible llegar a juez federal sin carnet de partido. También los puestos de magistrados constitucionales federales se reparten hoy proporcionalmente entre los partidos políticos. En ese

aspecto, lamento que hasta ahora no se haya nombrado a ningún magistrado de los partidos ecologistas, pues los otros partidos se han repartido todas las plazas. Ciertamente, una vez elegidos, los magistrados del Tribunal Constitucional Federal son independientes. Sin embargo, debería tenderse a incorporar en Karlsruhe a todo el espectro que sea representativo de la comunidad política. Por tanto, aunque se puede afirmar con rotundidad que, hasta ahora, a la República Federal le ha ido tan bien como pudiera pensarse en este tema, se puede constatar ese pequeño defecto, como es que los partidos acaparan todos los puestos para sus magistrados constitucionales. Konrad Hesse fue el último de los llamados magistrados neutrales, que no estaban políticamente vinculados de manera especial a ningún partido. Siempre hay nuevas propuestas sobre cómo debería modificarse el sistema de elección. Sería pensable orientarse hacia el modelo italiano. Hasta ahora un tercio de los magistrados es propuesto en Italia por el presidente de la República. Es conocido que magistrados excepcionales son nombrados por este sistema y no por los partidos políticos: ejemplo de ello son el magistrado Baldassarre y recientemente el colega de Turín, Zagrebelsky, del contingente del presidente de la República. Se puede objetar, sin embargo, que nuestro presidente es demasiado débil en lo que a sus competencias se refiere para poder proponer a magistrados constitucionales. Otro modelo posible sería el de las vistas preliminares. Este modelo es el de USA. Recuerdo un viaje a USA en 1971, cuando el país entero debatía sobre el modo y manera en que el Senado americano preguntaba a los candidatos al Tribunal Supremo sobre su *filosofía del derecho*. Este modelo se ha implantado ahora entre nosotros en la nueva Constitución de Brandenburgo, donde los candidatos tienen que someterse a una vista pública. Sé perfectamente que este modelo tiene también inconvenientes y que depende mucho de la cultura de la opinión de pública que tales audiencias públicas sean o no recomendables. Debemos esperar a ver el funcionamiento práctico de este modelo en Brandenburgo. En cuanto a la propuesta, que suena por ahí, de que el Tri-

bunal Constitucional Federal se complete a sí mismo mediante cooptación de los magistrados constitucionales, me manifiesto decididamente en contra. Faltaría legitimación democrática y, a pesar de todas las críticas a ciertos aspectos del Estado de partidos, no hay ninguna alternativa a los partidos políticos, que representan entre sí, respectivamente, las alternativas.

Pasamos ahora a otro bloque de cuestiones relativas a la proyección europea, así como a su muy afortunado concepto de “derecho constitucional común europeo”. Se trata de un planteamiento que ha obtenido un eco inmediato extremadamente positivo. Me gustaría que hiciera una breve referencia al mismo.

Como transfondo de la idea expresada por mí, por primera vez en 1991, del “derecho constitucional común europeo”, puede mencionarse la teoría de Josef Esser que, como privatista, formuló la concepción del carácter “principal” del derecho, con referencia a Hermann Heller. Criticó también, como privatista, de manera impresionante, el definido por él como “monopolio estatal” de las fuentes del derecho. El año 1789, con su correspondiente idea de “nación” eliminó todos los valores jurídicos comunes europeos de un golpe, aunque los siglos anteriores estaban llenos, también en el recurso al derecho romano, de ejemplos de *ius europaeum*. En mi opinión, hoy ha sonado ya la hora del derecho constitucional común europeo, que no comprende sólo principios escritos, sino, ante todo, principios no escritos. Puedo ponerle ejemplos: el derecho constitucional común europeo se encuentra en la dignidad humana, la división de poderes, el principio de Estado de derecho, el principio de igualdad como prohibición de arbitrariedad, la democracia.

En el campo específico de los derechos fundamentales, ese derecho común tiene una incidencia posterior en los ordenamientos nacionales no sólo directa sino también indirecta por medio de cláusulas interpretativas como la que se incorporó al artículo

10.2 CE. Sobre ella ha manifestado usted una opinión positiva. Sin duda, la confluencia hacia un nivel superior de protección de los derechos es un elemento esencial de ese derecho constitucional común europeo. Quisiera, sin embargo, plantearle una interrogante: el peso trascendental que tienen los juristas en la formulación de los principios comunes en esta materia no se ve acompañado, como en el ámbito interno, de una política promovida por el legislador de los derechos fundamentales. Ese desequilibrio no podrá ser compensado en el futuro con la existencia de un legislador europeo, pues, como usted señala, no hay perspectivas de creación de un Estado europeo (más allá de las formulas institucionales propias del ámbito territorial más limitado de la Unión Europea). ¿Cree que pueden existir otros mecanismos de compensación que superen un derecho tan exclusivamente pretoriano?

Ciertamente, el concepto de derecho constitucional común europeo debe entenderse también bajo el aspecto de la subsidiariedad: no podemos, en cierto modo, deducirlo de un cielo idealista de conceptos, sino que tenemos que tomar en serio su condición de principio abierto y remitirnos al derecho constitucional común europeo allí donde falten principios jurídicos o estén necesitados de desarrollo. Aquí le corresponde un especial papel, de nuevo, al método de la comparación jurídica como quinto método de interpretación. Me es conocido que la Corte Constitucional italiana, antes de decidir en procesos importantes, una y otra vez compara, por medio de sus colaboradores, cómo se conciben las cuestiones planteadas, por ejemplo, en cuanto a la libertad de información en otros países de Europa. El ideal de Constitución pluralista de los medios, desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal, contiene elementos del derecho constitucional común europeo en confluencia con los principios incorporados a la Constitución española y los recogidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Roma, junto con algunos ejemplos de los textos constitucionales de Europa oriental.

El derecho constitucional común europeo es, en parte, derecho judicial o pretoriano, como usted dice, pero en parte lo encontramos ya en los textos constitucionales, acaso también en la Carta Social Europea, en parte reconocible, en formación, en la comunidad científica europea. No hay que olvidar al legislador democrático, cuyo papel he descrito antes, acaso en el ámbito de la ingeniería genética: aquí son pertinentes también las recomendaciones del Consejo de Europa. Una parte del derecho constitucional común europeo debe ser desarrollada por la función de conformación del legislador. En el ámbito de la introducción de los *ombudsmen*, pueden señalarse las buenas propuestas que ha presentado el Consejo de Europa; hay una Conferencia de los *ombudsmen* europeos, hay también propuestas desde la ciencia y una y otra vez, los parlamentos nacionales se hacen eco, en las nuevas leyes, mediante la comparación jurídica, de concepciones jurídicas que existen inicialmente sólo de manera *sutil*, si se quiere, como formas platónicas previas del derecho constitucional común europeo.

Entramos ya en el terreno más reducido de la Unión Europea. Lo que Europa se está jugando en su proceso de integración es su propia existencia como entidad económica y política capaz de participar en los procesos de recomposición de las estructuras productivas a nivel mundial. No parece haber, por tanto, alternativas a la integración, aunque sí alternativas en la integración. Es ahí donde sin intentar poner obstáculos, pero sin cerrar los ojos a los mismos, quisiera abrir algunas cuestiones. La primera de ellas respecto de la posibilidad de mantener una situación permanente de transición como la que se da en la fase actual de integración europea: ¿cree usted que es necesario un acto constituyente, una Constitución europea que culmine la integración, o por el contrario, es partidario de una situación de tensión constitucional que haga de contrapeso al incremento de los poderes de la Unión que podría provocar ese acto constituyente (de acuerdo, por ejemplo, con las tesis de un J. Weiler)?

Me pregunta por la alternativa entre elaborar una *gran* Constitución para Europa o un proceso más lento de integración. Aquí debemos, ante todo, preguntarnos por las condiciones culturales de un proceso constituyente. La cultura y el derecho *hacen* la cultura jurídica europea. Una condición cultural previa es, por ejemplo, la existencia de una opinión pública europea. En mi opinión, hoy existen formas previas de una opinión pública constitucional en Europa. Por ejemplo, la opinión pública europea vive ya en el arte y la cultura en Europa. Pienso no sólo en la cadena televisiva Arte, sino también en el vivo intercambio de museos, exposiciones y conciertos. Europa existía ya como cultura desde hace mucho y podemos hablar de una opinión pública cultural de Europa. En el tratado de la Unión Europea encontramos ya formas previas de una opinión pública política en la medida en que en el artículo sobre los partidos se dice que los partidos políticos, en el plano europeo, tienen que promover la conciencia europea. También el *ombudsman* europeo, el derecho de sufragio municipal para los ciudadanos europeos y, naturalmente, el Parlamento europeo, son, en mi opinión condiciones previas suficientes para la elaboración de una Constitución europea. Ciertamente tenemos que preguntarnos, de manera crítica, lo siguiente: una mirada al taller de las Constituciones del Estado nacional en el pasado y en la actualidad nos muestra cómo cada constituyente ha tenido que esperar *la hora* del poder constituyente. Así, Polonia desaprovechó, desgraciadamente, su primera hora posible del poder constituyente en 1989, y no la ha encontrado hasta 1997 para dotarse de una buena Constitución. Hungría no ha tenido hasta hoy una Constitución totalmente reformada, mientras que otros países como Eslovenia o Chequia han podido tener, de un tirón, una nueva Constitución. Usted conoce la famosa disputa entre Thibaut y Savigny en 1815: sobre si la hora de un código civil alemán había llegado o no. Ese debate es paradigmático más allá del derecho civil: nosotros tenemos que preguntarnos si la hora del poder constituyente ha llegado a Europa o si haríamos mejor en promover, fragmento a fragmento, una constitucionalización parcial. Po-

dría ser que, atendiendo a las turbulencias económicas y bajo los especiales ajustes actuales, no haya llegado todavía la hora de un poder constituyente global para Europa. Podría objetar contra mí mismo: precisamente cuando la integración europea se estanca, necesita el valor de una *utopía concreta* en relación con Europa. En este tema me siento todavía inseguro y puesto que, de todos modos, muchas de sus preguntas son mejores que mis respuestas, tengo que dejar esta cuestión hoy abierta.

Me voy a situar en la hipótesis deseada de una intensificación del proceso de integración, sea cual sea la formulación que finalmente cristalice. Permítame que le exprese algunos problemas que pueden surgir de la acumulación de asimetrías (por utilizar una expresión muy utilizada en nuestro país) que se produce actualmente en la Unión. Comenzando por la primera: cómo hacer compatible el respeto a los intereses de los países territorialmente más reducidos con un proceso de integración en el que finalmente se consagre una representación europea que se corresponda plenamente con el criterio de la población. ¿Habría que ir quizá a una estructura federal similar a la de Estados Unidos?

Me pregunta por la asimetría, sobre la cual le hago las siguientes reflexiones: ante todo, es interesante que en Suiza se haya desarrollado la idea del llamado federalismo diferenciado y paralelamente entre ustedes se esté produciendo el debate sobre el *regionalismo asimétrico*. Podemos ver felizmente en el derecho europeo actual cómo, por ejemplo, la Presidencia del Consejo Europeo pasa, de manera igualitaria, de los países grandes a los pequeños y a la inversa: en otras palabras, actualmente y durante medio año la Presidencia de la Unión Europea la tiene el *minúsculo* país de Luxemburgo. Esta es una buena disciplina para los Estados con grandes superficies como Francia, España o Alemania. Quizá podría seguirse el modelo del Senado americano, según el cual en una eventual segunda cámara cada país tendría el mismo peso, porque así podríamos preservar la plura-

lidad en la unidad de Europa. No me gustaría que un pequeño país, después de la ampliación hacia el Este, quizá Estonia o Eslovaquia, pudiera ser aplastado por un *gigante* como la Alemania reunificada. En Suiza existe también un Consejo Permanente en el que cada cantón, sea grande o pequeño, tiene dos votos.

Sigamos con las asimetrías. Países con una descentralización muy consolidada, frente a estructuras fuertemente centralistas. ¿Es posible una articulación coherente de esas estructuras tan diversas? ¿Qué papel puede jugar un Comité de las Regiones que integra entidades tan diferentes en su seno?

Para mí, el Comité de las Regiones es un buen comienzo institucional. Ciertamente tiene sólo, de momento, funciones consultivas, pero me alegro de que sean españoles, últimamente de Cataluña, los que están desarrollando un importante papel en el Comité de las Regiones, porque ellos podrían, en mi opinión, desarrollar de manera prudente las competencias del Comité. Podría pensarse en un derecho propio de queja para las regiones europeas pudieran dirigirse directamente a la TJCE en Luxemburgo. Sería funesto que bajo el *techo* de Europa pusiéramos en cuestión la diversidad de sus miembros: Europa se constituye como una pluralidad de países diferentes. No olvidemos a Suiza, la cual es un fragmento clásico de la vieja Europa: por su federalismo, su libertad lingüística, su tolerancia de las diferentes culturas, forma un modelo para Europa en pequeño. También el federalismo y la democracia semidirecta son motivos para que Suiza vuelva, a largo plazo, de alguna manera, hacia Europa.

Por último, para terminar con las asimetrías y también con el tema de Europa: monarquías frente a repúblicas. Usted se ha ocupado recientemente de este tema (Monarchische Strukturen und Funktionen in europäischen Verfassungsstaaten —eine vergleichende Textstufen-analyse, 1994—). Comoquiera que el interés

por el mismo resulta evidente en nuestro país, me gustaría que comentara las conclusiones a las que ha llegado.

Unas palabras sobre esta cuestión de las estructuras monárquicas y sus funciones en el Estado constitucional europeo. Ante todo debo mencionar que soy un admirador tanto de su rey Juan Carlos I, en cuanto defensor del Estado constitucional español, como de su reina por su labor de promoción de la cultura. En Venezuela, Juan Carlos I fue presentado, recientemente, como “el rey de la República de España”, una espléndida formulación, porque de ese modo el contenido objetivo de la *República*: libertad pública, bien público, que en España rigen, quedan de manifiesto; pero al mismo tiempo se dice que el titular del cargo que representa al Estado está desempeñado por su acreditado rey. Desde luego, estas tradiciones no pueden fundarse de hoy para mañana en Europa: no podrá haber nunca, por suerte, una reina o un rey de la Unión Europea. Pero no deberíamos perder de vista la importancia de una institución como el rey de España, cuanto más porque se trata de un europeísta, para el conjunto de Europa. La corona española es una joya especial en el concierto de los colores de Europa, que puede ser muy fecunda por sus especiales vinculaciones con Latinoamérica.

Me va a permitir, profesor Häberle, que pasemos a otro grupo de cuestiones para hablar un poco del derecho constitucional del siglo XXI. Con ello no pretendo que haga una predicción sobre el futuro, sino que nos aporte su reflexión sobre el presente. El impresionante desarrollo que el derecho constitucional ha experimentado (gracias, entre otras, a sus aportaciones) en materia de derechos fundamentales, no se ha visto correspondido con una elaboración tan sustancial en otros aspectos donde seguimos viendo de conceptos que se elaboraron hace doscientos años, para una realidad socio-política radicalmente diferente. Tanto por lo que se refiere a la relación entre la sociedad y el Estado, cuanto por lo que hace a los propios confines del Estado (o de lo público,

si se quiere), así como a la estructuración orgánica del Estado, se siguen manejando planteamientos que se corresponden más con las exigencias de los procesos políticos del siglo XIX, propios de un constitucionalismo oligárquico, que con los del constitucionalismo pluralista del ya casi siglo XXI. Permítame que le sugiera algunas interrogantes sobre estas cuestiones, comenzando por las aparentes contradicciones del constitucionalismo pluralista (que podrían considerarse también como una falta de desarrollo de las consecuencias de la estructuración pluralista del derecho constitucional): ¿se puede seguir reconociendo a los poderes privados el valor de expresión del conflicto y de contrapeso de las mayorías gobernantes sin incorporar a ese valor una dimensión constitucional? Dicho en otros términos: la orientación pluralista parte del reconocimiento a la propia sociedad de una capacidad de intervención decisiva en los procesos políticos equilibrando el poder de los partidos pero, ¿pueden seguir los poderes privados (especialmente los medios de comunicación) actuando sin someterse a ningún tipo de responsabilidad como sí la tienen los partidos? ¿No nos conduce esta situación a un debilitamiento progresivo del principio democrático?

En cierto modo, el jurista siempre llega demasiado tarde. Hegel ha expresado esta idea con una formulación plástica: “el búho de Minerva, que sólo alza su vuelo en el crepúsculo”. Por eso me produce especial inquietud tratar este tema sobre cuáles sean o pudieran ser las líneas de desarrollo del derecho constitucional del siglo XXI. Sólo puedo manifestarle algunas reflexiones muy provisionales. Ante todo, debe quedar claro que el Estado constitucional debe mantenerse preparado para la reforma y apto para ser reformado. Precisamente hoy, en esta época constitucional, hay grandes necesidades de recuperación en materia de reforma. Esto no sólo es válido para Alemania, sino también para muchos países europeos; así, Bélgica, finalmente, tras muchas luchas, consiguió llevar a cabo una reforma constitucional en 1993, en relación con el federalismo; Italia, sin embargo, tiene infinitas

dificultades para encauzar una reforma constitucional en pro de un regionalismo efectivo. También me es conocido que incluso en España existen ciertas necesidades de reforma. Y para comenzar con mi país: en Alemania, por ejemplo, la transformación del Estado social necesita un enorme impulso en atención a las cuestiones relativas al derecho constitucional laboral: igualmente hay que decir que reformas constitucionales que hubieran sido necesarias en muchos campos, como consecuencia de la reunificación, no han sido acometidas. Usted sabe que los trabajos de la Comisión Constitucional Conjunta del Bundestag y el Bundesrat han fracasado, lamentablemente. Tenemos que estar contentos de que en la Ley Fundamental se hayan incluido referencias a la protección de los minusválidos, así como a la equiparación efectiva del hombre y la mujer, junto con otras reformas puntuales. El Estado constitucional está siempre, de alguna manera, en el camino, se caracteriza por procesos históricos de desarrollo que finalmente están relacionados con las cuestiones relativas a la evolución cultural en su conjunto. Estoy profundamente preocupado, por ejemplo, por los procesos de ingeniería genética como el de la oveja *Dolly*: no sabemos todavía que desafíos inminentes presentarán a la garantía de la dignidad humana.

Menciona, con razón, la cuestión de cómo de pluralista podemos considerar al Estado constitucional y cómo podemos controlar la monopolización de los mercados o la acumulación de poder por los poderes privados como, por ejemplo, los bancos. Le doy un ejemplo del derecho privado. El Tribunal Constitucional Federal dictó hace poco una sentencia precursora sobre la cuestión de los límites de los avales en el derecho privado. En el caso concreto se constató un desequilibrio entre una ciudadana y un poderoso tomador de fianzas (un gran banco), y aquella fue liberada de sus deberes. Para mí esto es una muestra de la división de poderes y de garantía de la libertad en el ámbito privado. Hay también problemas con la subvención de la prensa y con los topes para la acumulación de mercado por los medios de comunicación privados. En otras palabras: una política del pluralismo

es necesaria a lo largo y ancho de las relaciones sociales. Aquí se plantea el reto de la globalización. El Estado constitucional ya no puede dominar mucho más en el campo de los medios de comunicación (piense en los problemas de Internet); su poder disminuye, si bien, antes como ahora, sigue siendo el garante de la libertad y la seguridad de los ciudadanos.

Otro campo de desafío son las organizaciones no gubernamentales como, por ejemplo, Greenpeace o Amnistía Internacional. Hasta hace dos años yo era, también desde el punto de vista jurídico-filosófico, un defensor de Greenpeace, porque junto con otras organizaciones han llamado siempre la atención sobre los déficits de justicia y de atención al bien público en la sociedad abierta. Han funcionado como un sistema de alarma. Condición previa es, sin embargo, una obligación de vincularse a la verdad, en el sentido de I. Kant. Greenpeace infringió su deber de investigar la verdad en el asunto *Brent Spar*, en el que hizo doblar las rodillas a un gran consorcio internacional como Shell. Posteriormente ha resultado que había realizado falsas imputaciones (Greenpeace se disculpó). Greenpeace se había ganado en pocos días a la opinión pública, confirmando así la sentencia de Hegel: “en la opinión pública todo es falso y verdadero al mismo tiempo”. Como un ejemplo positivo de identidad entre opinión pública y verdad hay que mencionar el feliz acontecimiento de la reunificación de Alemania. Todos los elementos del Estado constitucional fueron durante semanas objeto de las pacíficas manifestaciones en la antigua DDR. Sólo una Constitución pluralista óptima de la opinión pública es también una garantía para el desarrollo de la *Constitución del pluralismo*. Aquí tienen los instrumentos jurídicos sólo posibilidades parciales de garantía. Los recursos de los juristas no pueden sobrevalorarse, tenemos que ser modestos. Finalmente dependerá de los ciudadanos, de sus virtudes de tolerancia, de su disposición para interiorizar el pluralismo, de su respeto a la dignidad de los otros, de su orientación a la protección del medio ambiente, como se formula en los fines educativos de las Constituciones de los *Länder* del este de Alemania.

En relación con la cuestión anterior, pero también respecto de otros problemas que ya hemos tratado (como es el caso de los derechos fundamentales en el Estado social), la pretensión creciente de reducir el margen de maniobra del Estado, la privatización progresiva de lo público ¿no nos conduce a una situación aun más contradictoria con el principio democrático cuando las funciones estatales sean desarrolladas por instituciones privadas a las que no se les puede exigir responsabilidad desde ese principio democrático? En todo caso, quisiera también que expusiera su reflexión personal sobre los límites de esa pretendida y progresiva privatización del Estado.

El espíritu de la época exige hoy casi en todos los Estados constitucionales una intensa y extensa privatización. La privatización es ciertamente un instrumento legítimo y también en muchos campos recomendable para el caso de empresas o sectores económicos estatales ineficientes. La privatización supone que se abren al mercado nuevos ámbitos, pero respecto a los específicos rendimientos del mercado, tienen que recordarse los límites de la economía de mercado y de la privatización. Un límite de la economía de mercado está ya formulado en su responsabilidad social y ecológica, como queda de manifiesto en algunas Constituciones de los *Länder* del este de Alemania. Recuerde usted que, en el sentido del paradigma de la evolución gradual de los textos, la nueva Constitución de Etiopía (1994) ha convertido en principio constitucional en uno de sus preceptos el concepto de “desarrollo sostenible” de la Conferencia de Río de Janeiro (1992). La protección del medio ambiente es un límite del mercado y de la privatización. Pero hay otros límites, ante todo en el ámbito cultural. El campo del patrocinio cultural está siendo muy debatido actualmente en Alemania. En el marco de las crecientes necesidades públicas de financiación, se están reduciendo funciones culturales de la Federación, de los *Länder* y, sobre todo, de los municipios, de tal manera que muchas instituciones culturales pasan a ser financiadas por círculos econó-

micos privados. Se habla así de *Kultursponsoring*. Me pregunto si no deben marcarse aquí fronteras. Precisamente en el ámbito municipal existe el “derecho constitucional cultural municipal”, concepto propuesto por mí en 1979 y convertido hoy en patrimonio general: los municipios no pueden desprenderse de todas sus funciones culturales, pues la economización de estos campos culturales, su supeditación a los deseos de los patrocinadores privados, significa ya un peligro para la diversidad cultural y para la libertad cultural. Es un caso afortunado, por ejemplo, que en Frankfurt/M, se haya creado por la ciudad el puesto temporal de escritor y nada menos que la más grande poetisa alemana actual, Sarah Kirsch, pueda crear libremente sus poesías.

Siguiendo con el tema planteado, dejamos ahora los poderes privados, o al menos así definidos, y pasamos al nivel de la reordenación de las instituciones. La concepción pluralista del derecho constitucional ha llevado a una proliferación de instancias autónomas, así como de instancias arbitrales que contrapesan el poder de las mayorías: paradigmático es el caso de los bancos centrales, en cuanto instituciones públicas cuyas decisiones (como las de otras instituciones similares tienen una gran incidencia sobre la vida de los ciudadanos, pero que actúan con plena autonomía y sin que se les pueda exigir responsabilidad política alguna. Esta es una gran paradoja del constitucionalismo de nuestro tiempo: instituciones estatales con gran capacidad de maniobra política (por más que se pretenda ocultar la naturaleza política de sus decisiones caracterizándolas como puramente técnicas) no están sometidas a las condiciones de responsabilidad propias de las instituciones democráticas. ¿No estamos llevando la ordenación constitucional hacia un cierto enfrentamiento entre democracia (democracia pluralista, sin embargo) y pluralismo, quizá por no haber extraído todas las consecuencias que se derivan de esa ordenación pluralista?

Sobre la cuestión de la legitimación de los bancos estatales independientes, el modelo alemán, del *Bundesbank*, que ha realizado una aportación muy positiva en los últimos decenios con su política de estabilidad, es fuertemente criticado en la actualidad en Francia. Intelectuales franceses han hablado del “sistema Tie-tmeyer”, para criticar la política de estabilidad con vistas al euro. En la doctrina se ha discutido mucho cómo se legitima el *Bundesbank* en la estructura de las funciones estatales: ¿es un quinto o sexto poder tras los tribunales de cuentas independientes? los tribunales de cuentas tienen en Alemania una independencia similar a la del Poder Judicial. Están legitimados porque sus miembros son elegidos por el gobierno o el Parlamento. Forman una instancia independiente y se han acreditado en Alemania de manera creciente. En mi opinión, en el Estado constitucional existe la posibilidad de crear estas instancias independientes en determinados ámbitos, a pesar de que su legitimación democrática y su relación de responsabilidad sea indirecta. El Consejo del Banco Central en Alemania es nombrado por el gobierno federal y los correspondientes gobiernos de los *Länder*. Los gobiernos de los *Länder* y el federal están a su vez democráticamente legitimados. Se trata de una institución independiente, pero conocemos ya la relativización del principio democrático que supone el Poder Judicial. Los jueces alemanes son nombrados para el cargo de por vida (hasta los 65 años). Suiza tiene un modelo completamente diferente. Allí los jueces son elegidos para un tiempo y, por lo común, reelegidos. También se conoce ese modelo en USA. Por tanto: no podemos emplear el principio democrático sólo en la *pura* variante rousseauiana, sino que en ámbitos puntuales, pueden permitirse también instituciones que sean elegidas para un plazo largo. Por lo demás, es válida la hermosa frase de nuestro primer y más significativo presidente federal Theodor Heuss: la democracia es “soberanía sometida a término”.

Dentro de este bloque de cuestiones relativas a las posibles incongruencias entre el derecho constitucional actual y las exigencias

de estructuración constitucional de la sociedad desde el principio democrático, habría que plantearse también qué se debe hacer, o qué se puede hacer en el interior de los propios procesos políticos. ¿Qué líneas de actuación podrían abordarse para dotar de mayor dignidad a la vida política?

Los niveles de dignidad y de ética en el campo político dependen mucho de la cultura política de cada pueblo. En relación con Alemania hay que decir, en sentido positivo, que en varios casos espectaculares, la presión de la opinión pública sobre políticos en activo, cuando han faltado a un mínimo de ética y de corrección, ha resultado eficaz para provocar su dimisión. Recuerdo el caso *B. Engholm*, era candidato a canciller del SPD, y tuvo que dimitir por haber mentido al Parlamento del *Land* Schleswig-Holstein. Dos presidentes de gobierno, desgraciadamente de *Länder* del sur de Alemania, Baden-Württemberg y Baviera, tuvieron que renunciar anticipadamente a su cargo porque, al parecer, habían aceptado ventajas personales, por ejemplo, en forma de viajes de vacaciones privados. La crítica de la opinión pública fue tan poderosa que tanto Streibl como Späth dimitieron. En Inglaterra observamos un puritanismo quizás exagerado. Ciertos políticos tienen que dimitir rápidamente por faltar al decoro y a la moral en ámbitos muy personales de su vida privada. Lo mismo vale para USA. En este aspecto no sería yo tan riguroso, ¡a pesar de que soy protestante!

En Alemania se habla a menudo de *crispación política*. Me es conocido que también en España hay cierta inclinación de determinados círculos a criticar a los representantes de los partidos políticos de manera parcial o con un juicio exclusivamente negativo. Ciertamente, tiene que haber un mínimo de ética en la vida política. Pero no podemos desconocer que los políticos se dedican a la *res pública*, a menudo con grandes sacrificios personales. Desde luego, los políticos se ven tentados una y otra vez en el marco de la financiación irregular de los partidos. Aquí hay un enorme déficit de reformas. Pienso, por ejemplo, en Ita-

lia, aun cuando allí se ha encauzado algo por el buen camino. El aprendizaje de un comportamiento correcto en el debate político comienza ya en las escuelas, en los fines educativos como, por ejemplo, la tolerancia. En mi opinión, la joven democracia española, que es ya un caso afortunado en Europa, ha mostrado cuanto se puede construir en pocos años en cultura política. He observado también con gran pesar que quizá en los últimos tiempos algo parece marchar sin timón, y que algunos medios han criticado de forma altamente injusta a su anterior presidente, F. González, antes de las últimas elecciones. A pesar de todo: necesitamos una opinión pública crítica. El precio de la democracia consiste precisamente en que tengamos libertad de expresión y de prensa tan amplia como sea posible, aun cuando ocasionalmente los sacrificios sean altos. No existe, en principio, alternativa.

Antes de terminar esta entrevista, me va a permitir que haga una breve referencia al Poder Judicial. La combinación entre actuaciones judiciales y presión periodística se ha revelado capaz de derribar provocando cambios de mayorías. La capacidad de influencia política de jueces que tienen bajo su jurisdicción casos con especial relevancia puede llegar a ser extrema. En nuestro país, algunos de estos jueces no se limitan a desarrollar sus funciones jurisdiccionales, sino que están permanentemente en las primeras páginas de los periódicos, e imparten conferencias en las que realizan críticas severas al sistema político y al Parlamento o al gobierno, por ejemplo. Es sintomático que ese fenómeno no dependa de la trascendencia de los casos (los llamados “casos estrella” en España), sino de la actitud misma de los jueces y de la prensa, como lo demuestra el hecho de que en muchos casos absolutamente relevantes, el nombre de los jueces que instruyen es prácticamente desconocido por la opinión pública. Por otro lado, no se puede obviar tampoco el profundo significado que sigue teniendo el Poder Judicial como instrumento de control en relación con los casos de corrupción. La pregunta es, teniendo en cuenta estos antecedentes y otros que usted ya conoce

en Francia e Italia, por ejemplo, ¿no sería necesario equilibrar la función de control de los jueces con los controles sobre los propios jueces que evitaran una utilización del cargo en el sentido en que antes se ha mencionado?

Me pregunta por la posición del tercer poder en una perspectiva comparada. Aquí tendríamos que diferenciar: por un lado debe mencionarse que el tercer poder ha desarrollado actuaciones muy positivas en algunos países de la vieja Europa, en el descubrimiento de la corrupción. Pienso en el ejemplo de Italia, también en la lucha con la mafia. Igualmente puede pensarse en Bélgica. En Francia el tercer poder ha prestado igualmente un servicio positivo en relación con el tema de la financiación irregular de los partidos. Puede ser necesario, por tanto, que en el supuesto de fallo de otras funciones estatales, como el Parlamento o el ejecutivo, recaiga sobre el Poder Judicial una particular función de manera ocasional (esto es aplicable también a la jurisdicción constitucional). Tenemos que interpretar aquí de manera flexible la combinación de los distintos poderes. Por otro lado, no se puede desconocer la tentación que gravita sobre el Poder Judicial en algunos países: por motivos de vanidad personal pueden algunos jueces aislados ser tentados a jugar un papel especial en la opinión pública. En Italia hay ejemplos de jueces y fiscales que por vanidad personal se precipitan en las candilejas. En Alemania no es de temer un desarrollo en la actualidad. Sé, sin embargo, que en España hay ciertos problemas. Cabe preguntarse cómo puede ser controlado el tener poder (controlar a los controladores). De manera espontánea he pensado en el Consejo Superior de la Magistratura en Roma. Sin embargo, me es conocido que, como en España, está fuertemente sometido a la influencia de los partidos políticos.

Permanece sólo la apelación a la reserva personal, al tacto, a la cautela y la confianza en la organización judicial en la ética profesional de los jueces. Por lo demás, hay otros ejemplos de una ética profesional limitadora, como en el campo de los perio-

distas. Como para el médico rige el *juramento hipocrático*, hay en Alemania para los periodistas un estatuto correspondiente. Aquí estamos en la frontera de lo que las instituciones estatales pueden hacer. Tenemos, como he mencionado anteriormente, el llamativo caso reciente, de que incluso el Tribunal Constitucional Federal ha sido controlado por un tribunal europeo: por una violación del artículo 6o. de la CEDH, por duración excesiva de un proceso. Personalmente saludo esto, aun cuando quizás algunos magistrados constitucionales alemanes no estén especialmente felices con ese control de Estrasburgo. En el fondo, todo depende mucho de un mínimo de ética en el Estado constitucional, de un mínimo de recíproco autocontrol de las organizaciones responsables. Personalmente, creo que sería posible la creación de una institución propia que acaso controlara a los jueces. Mucho tendría que aportar también la formación universitaria. En Alemania se dio recientemente el desdichado *caso Henrich*. Un juez de un tribunal superior había obtenido una retribución muy importante gracias a un dictamen encargado por los sindicatos, que elaboró, además, desde su despacho oficial. La opinión pública alemana funcionó. El juez fue suspendido y jubilado anticipadamente, y la cantidad le fue reclamada. Este es un buen ejemplo de cómo la opinión pública junto con la organización judicial y todos los partidos políticos, incluido el SPD que había colocado al juez en esa alta posición, condenaron unánimemente su conducta.

Profesor Häberle, no sin antes agradecerle de nuevo su disposición para realizar esta entrevista, le dejo a usted, sin pregunta alguna, la última respuesta: para aquel mensaje que considere conveniente transmitir al lector de este Anuario, usualmente, como ya sabe, un lector especializado en derecho constitucional.

A esta última pregunta le respondo especialmente gustoso y agradecido. Es un gran honor y una alegría para mí mantener esta conversación con usted para un foro tan acreditado como el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. Me parece una

singularidad especial de la cultura científico-jurídica española tener y cuidar ese foro. Antes de mí hablaron, por ejemplo, Rubio Llorente o mi maestro Konrad Hesse. En Alemania no hay, que yo conozca, hasta ahora, ejemplos en los que una revista científica especializada organice una entrevista de este tipo con profesores de derecho público. Habría, sin embargo, motivos para organizarlas, si recordamos las que el respetado *Die Zeit* realizó a mi maestro Konrad Hesse y al magistrado constitucional H. Simon, hace algunos años. Aquí podemos aprender los alemanes de la cultura científica española. Sólo el *Deutsche Richterzeitung* incluye de vez en cuando una conversación con algún magistrado federal o con algún magistrado constitucional. Por lo demás, le agradezco a usted especialmente el desarrollo extraordinariamente consecuente y meditado de esta conversación aquí y ahora. En el arte y manera en que ha planteado una pregunta tras otra, me ha recordado un poco la consecuencia con la que L. v. Beethoven desarrollara los movimientos de sus sonatas.

Para mí es desde hace tiempo una gran alegría ver con qué fuerza, intensidad e innovación, España se vuelve *hacia Europa*. En algunos campos puede aprender hoy la cultura científica alemana de España. Estoy contento también de que, desde hace varios años, vengán cada vez más españoles invitados por mí a Bayreuth, entre otros, en el marco del Programa Erasmus. Me pregunta por lo que especialmente quisiera expresarles a los lectores de este acreditado *Anuario*. Por un lado, quisiera dirigirme a la generación de los mayores. La comunidad de profesores de derecho constitucional puede sentir orgullo por el tiempo tan corto en que España ha desarrollado una elevada cultura tanto en su jurisprudencia constitucional en Madrid, cuanto en sus comunidades autónomas, como en sus universidades. Sigo de cerca, con el mayor interés (en la medida en que me es posible), la abundancia de géneros literarios, desde libros homenaje, como el que ustedes han publicado en estos días para su maestro J. J. Ruiz-Rico, o algún manual de los que han aparecido en España, o también buenas monografías. A la generación más joven de los

lectores de este *Anuario* quisiera rogarles que promovieran con toda su fuerza, sobre los hombros de la generación de los mayores, la integración de España en Europa y hacia Europa. Este es un momento único, en el que las jóvenes generaciones pueden realizar intercambios entre sí en los diversos países europeos. Esto presupone, ciertamente, que cada joven estudiante se proponga, oportunamente, estudiar un país europeo, su cultura jurídica y su cultura en plenitud; cuanto antes, mejor. Me produce pesar haber podido entablar contactos con Italia relativamente tarde (desde 1990), aunque estoy contento de haber tenido esa oportunidad en Suiza desde 1978, y agradecido de haber podido desarrollarlos desde 1980 con Grecia, y desde 1988 con España. La joven generación tiene que elegir un país. Así ocurre con varios de mis discípulos: uno se ha identificado con USA, otro con España y otra discípula con Italia; cuando más pronto, mejor. No es suficiente con estudiar la dogmática jurídica, los textos jurídicos o la jurisprudencia; por buenas que sean, es necesario estudiar también el contexto cultural, su transfondo, los grandes clásicos que ha producido cada país europeo. Así, son importantes, por ejemplo, en Alemania, grandes textos de un Bertold Brecht. El dijo: “todos los poderes del Estado vienen del pueblo pero, ¿adónde van?”. Un gran poeta nos proporciona aquí un texto clásico a los juristas. Así podríamos ocuparnos de los textos clásicos de un C. Mortati en Italia y tener ante nuestros ojos la plenitud del paisaje cultural del país si quisiéramos analizar cómo puede hoy construirse un nuevo regionalismo, en Italia, que sea efectivo. Y así reconozco yo mucho del perfil propio de muchas regiones de España, en lo que sus personalidades creativas, en la pintura o la poesía, como un Picasso o un García Lorca, han producido. La vivacidad y la capacidad de desarrollo de las comunidades autónomas en España depende mucho también de que prestemos atención precisamente a lo que aportan las singularidades de su identidad cultural y a cómo pueden ser fecundas para nosotros, los juristas, a largo plazo. Muchas gracias.

ENTREVISTA DE CÉSAR LANDA REFORMA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*

1. *Shakespeare escribió en Ricardo II: “primero matemos a todos los abogados”, con relación a la obtención de la justicia. ¿Usted piensa que los problemas de la vigencia del derecho en la sociedad son asuntos de personas o de instituciones?*

Shakespeare es conocido no sólo como un clásico universal del arte literario, sino también en parte de la filosofía política y la filosofía del derecho. Pensemos sólo en sus anotaciones sobre las relaciones del derecho y el perdón en *El mercader de Venecia* (Porcia). Con la cita de Ricardo II muestra el viejo y siempre renovado conflicto entre la “ley y el derecho”, es decir el tema de la justicia. En esa línea, la unidad alemana de 1988-1989 incorporaría un proverbio de la ciudadana B. Bothley: “nosotros tenemos esperanzas de justicia y que el Estado de derecho la asegure”. G. Radbruch demandó el carácter pre-estatal y vinculante del valor de justicia, en el marco de la Alemania de entonces (1946). Asimismo, los procesos sobre los acontecimientos en el Muro de Berlín volvieron a traer el tema de los derechos humanos (1990), en torno al cual se ha escrito bastante.

En una sociedad abierta los dos temas —ley y justicia— son necesarias. Para lo cual, de un lado, necesitamos instituciones independientes como un tercer poder, y de otro lado, legisladores que en sus funciones cumplan con el llamado bien común

* Texto tomado de *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año IV, núm. 6, 1999, pp. 245-252.

y la justicia, en un proceso político mínimamente de verdadero juego limpio. La imagen que tiene el hombre del derecho, permite asegurar que no se llegue a una sobrecarga de la ética, como tampoco el que derecho se reduzca a una maximización racional de la utilidad. El *homo oeconomicus* es sólo una verdad parcial. Razón y sentimientos, realismo e idealismo se integran conjuntamente a la compleja imagen de la persona. El Estado constitucional ve al hombre con un *optimismo moderado*, pero se construye también de momentos pesimistas y realistas (la división del poder de Montesquieu, la enseñanza de los derechos humanos en las escuelas, del artículo 72 de la Constitución de Guatemala de 1985, o, el artículo 22-1 de la anterior Constitución del Perú de 1979, son claros ejemplos).

2. *¿Cuándo es necesario y oportuno hacer una reforma de la enseñanza del derecho? Y cuáles deben ser los valores que la fundamenten? ¿Usted piensa que las ideas centrales de una reforma deben ser el desarrollo de los derechos fundamentales y la toma de conciencia socio-jurídica o, la promoción del derecho a partir del Estado y las empresas?*

Siempre es muy difícil decir en una sociedad abierta cuándo llegó la hora de la reforma. En Suiza, el momento oportuno fue con la dación del Código Civil de 1911; en Polonia, con una nueva Constitución no lo hizo sino recién después de 1996, a pesar del *annus mirabilis* de 1989. A menudo debemos considerar lo difícil que es estar satisfechos con la definición de las condiciones socioculturales, para que se lleve a cabo una afortunada reforma del derecho o bien de la Constitución. En Suiza se llamó a nivel federal desde 1977 a una total y penosa, hasta ahora, revisión constitucional; mientras que desde los años sesenta en los cantones se realizaron de manera innovadora nuevas Constituciones cantonales, con excelentes logros, como por ejemplo en Berna, en 1993. Los factores reales e ideales deben trabajarse conjuntamente.

En muchos estados miembros de Alemania algunas reformas para la educación de los juristas no han sido satisfactorias; por eso, la reforma de la enseñanza del derecho no es una historia terminada, ahora es un proceso permanente. Pero lo que sucede en Alemania apenas puede ser un consejo que concierna al Perú. En cualquier caso, los cánones especiales que pertenecen a la formación de los juristas son ante todo: los principios ideales del Estado constitucional, como los derechos humanos, la democracia, el derecho social y el Estado de derecho; los concretos instrumentos que permiten resolver jurídicamente casos constitucionales (como los métodos jurídicos y el reciente método de derecho comparado, como quinto método de interpretación) y, también, el arte de legislar en tanto teoría de la legislación. En los recientes Estados constitucionales, de los llamados países en desarrollo, también se incorporan los elementos de la economía social de mercado, es decir, desde el derecho comercial hasta el derecho económico.

El artículo 4o. del Reglamento de Formación y Examinaciones de Baviera (1993) exige del postulante a jurista que tiene “que mostrar en el examen, comprensión de los fundamentos del derecho. Para lo cual deben demostrar conocimientos precisos en las pruebas de la especialidad, con los principios de la historia, sociedad, economía, política y filosofía del derecho”. Por eso, en Alemania se ha dicho sugestivamente que un mal jurista es un riesgo seguro. Pero una mala formación también crea ese riesgo.

3. *¿Cómo se debe estudiar el derecho constitucional, dentro del derecho público o en diferentes cursos? En la actualidad, en la Universidad Católica existen tres cursos obligatorios: derecho constitucional general, derecho constitucional peruano y un Seminario de Derecho Constitucional. También hay cursos electivos para el alumno, que ofrecen derechos humanos, garantías constitucionales, derecho parlamentario, Poder Ejecutivo, derecho constitucional comparado, temas de derecho constitucional y ciencia política.*

El derecho constitucional hoy en día no sólo puede ser enseñado y estudiado en sus dos dimensiones: de un lado, sobre la base de los orígenes de la historia constitucional y de la historia del derecho (comparación jurídica en un tiempo), como, de otro lado, comparadamente en un espacio, sino también, el derecho constitucional puede ser enseñado y estudiado como la presentación del derecho constitucional positivo de un país, por ejemplo del Perú, pero siempre en el marco de un horizonte abierto, por ejemplo de toda Latinoamérica. En tal sentido, mucho dice la formación estructural de dicha área en la Universidad Católica de Lima. Así, debería dictarse el derecho constitucional general (tanto como el comparado deben ser trabajados), el derecho constitucional peruano (debe ser fortalecido científicamente) y un seminario. Habría que pensar también acerca de la especialización por materias electivas, tales como el derecho constitucional cultural, el derecho constitucional del trabajo y el derecho constitucional de la economía. Finalmente, se debería tratar principalmente sobre la posición y la función especial del Tribunal Constitucional, y además compararlo con otros para otorgar a la jurisdicción constitucional un estatus seguro en la opinión pública general del Perú.

4. *¿Dónde debería reforzarse la enseñanza del derecho, en los métodos de razonamiento constitucional o en los contenidos constitucionales?*

Ambas vías deberían ser al mismo tiempo aplicadas, cuando sea posible: el método activo de la concretización, la ponderación de derecho, la declaración racional de una propia *precomprensión*, pero, también trabajar el contenido de la Constitución concreta y vigente. Método y temas no deben ser practicados al final, sino desde el inicio.

5. *¿Considera que una Facultad de Derecho debe preparar a los estudiantes para llegar a ser profesionales del derecho en dife-*

rentes áreas: abogados, consultores, jueces, fiscales, profesores, investigadores o servidores públicos?

En Alemania siempre se repite la discusión sobre el llamado *jurista integral*; por eso, se mantienen los dos exámenes de Estado,¹ que todo profesional del derecho debe preparar, desde el juez hasta el abogado. En mi experiencia este sistema ha sido valioso. Una muy temprana especialización descuida los fundamentos de los estudios jurídicos. Esto surge cada vez que aparece un nuevo ámbito de especialización, como el derecho informático, derecho genético, derecho médico, pero deberían ser construidos a base de los principios constitucionales. Solamente una carrera científica, que el profesor debe dirigir, tiene complementariamente un campo especial de perfeccionamiento (*promotion y habilitation*,² sobre cuyo mantenimiento en Alemania siempre se ha discutido, pero que para hacer ciencia jurídica es imprescindible).

6. El impacto de la política y la jurisprudencia en la vida constitucional es importante; en ese sentido, ¿piensa que los políticos y los jueces también deben enseñar el derecho constitucional en acción?

En los hechos hay una gran influencia de la política y la jurisprudencia en la vida constitucional. La Constitución da el mar-

¹ De acuerdo con la ley, los egresados de derecho para poder ejercer la profesión en Alemania, deben aprobar el primer examen de Estado, consistente en una exigente serie de evaluaciones teóricas de los conocimientos jurídicos adquiridos durante todos los estudios de derecho, y, el segundo examen de Estado orientado a evaluar la práctica en derecho realizada durante dos años —en función de sus notas— en una corte, tribunal u oficina de la administración pública, eventualmente en el extranjero también. Tras lo cual se obtiene el título de *Volljurist*, con lo cual el egresado está apto para ejercer la profesión del derecho.

² Guardando la proporción de la realidad e historia académicas, la *promotion y habilitation* alemanas podrían ser equivalentes al magister y al doctorado peruanos, respectivamente.

co al político para su actividad como jurista constitucional, pero ambas se diferencian también. Por eso un buen político no debe ser un jurista y a la inversa. En particular en Alemania la mayoría de los profesores de derecho constitucional se frustran cuando se desdoblán como políticos, mirando con ambición asumir un Ministerio. De eso hay desde 1945 por lo menos diez ejemplos. Por el contrario, puede ser conveniente su participación en el Tribunal Constitucional, cuando son ex parlamentarios, por cuanto ellos conocen mejor que nadie cómo se forma laboriosamente una ley. Este conocimiento práctico debe hacerse accesible también para el Tribunal Constitucional, cuando, por ejemplo, se tiene que decidir sobre la nulidad constitucional de una ley. Por eso, es legítimo que la mayoría de los grupos profesionales estén representados en un Tribunal Constitucional, junto a ex parlamentarios, abogados, jueces del sistema judicial y/o profesor de derecho constitucional, derecho administrativo o derecho del trabajo. Todo ello es un buen ejemplo de la historia del Tribunal Constitucional Federal.

7. Para aprovechar la enseñanza del derecho constitucional ¿los estudiantes deben estar preparados básicamente en historia, filosofía, política, lógica?

Como se ha señalado, los estudiantes de la ciencia constitucional deben aprender la historia y la filosofía. También los principios políticos de los tipos del Estado constitucional, así como el derecho constitucional de sus realidades nacionales concretas. Una asignatura propia de lógica es un canon típico de la filosofía clásica, que no me parece ahora indispensable. La argumentación lógica no es un objetivo en sí mismo, es sólo un auxilio para racionalizar la argumentación.

8. En una espléndida entrevista del profesor Balaguer —publicada en el Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, de España— usted planteó el tema del temperamento de los es-

tudiantes alemanes. Al respecto, ¿usted prefería enseñar a estudiantes de derecho constitucional pragmáticos o radicales?

Esta interesante pregunta no puedo responderla de manera general. Cada estudiante debe descubrir en sí mismo dónde yacen sus especiales talentos; es deber del docente ayudarles a hacerlos conscientes. Hay una consideración previa, acerca del jurista práctico: como aquel que se califica especialmente para la profesión de juez, o aquel dotado de retórica que debe ser abogado. Pero hay también el jurista ingenioso o radical: el cual es especialmente apto para hacer ciencia. Éstos deben atreverse a plantear nuevas alternativas, desarrollar su imaginación, descubrir nuevos paradigmas (algo así como las tesis del *status activus processualis* o la teoría de la obligación de proteger los derechos fundamentales). En este sentido, la doctrina general —como la *Constitución del pluralismo*— ha unido adecuadamente muchos temas comunes, que han sido pensados aisladamente. Pongamos atención formalmente, por ejemplo, a la tesis de H. Heller sobre el Estado social de derecho; en la medida que su valor puede ser particularmente incrementado, mediante las nuevas doctrinas. Sin embargo, a veces la teoría alemana es avezada; eso debería ser corregido con algo del saludable pragmatismo suizo.

9. *¿Cuál es la mejor obra de derecho constitucional general y de derecho constitucional alemán que pueda recomendar a sus colegas y estudiantes interesados en los estudios comparativos y alemán de derecho constitucional?*

Si le entiendo correctamente, me pregunta sobre buenos libros de derecho constitucional y comparado. En mi experiencia, cabe mencionar el libro del italiano G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*,³ 4a. ed., 1993. Humildemente podría

³ Existe una versión en castellano: *Derecho constitucional comparado*, traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, p. 724.

mencionar mi trabajo comparado, que hace quince años apareció, *Verfassungslehre als Kulturwissechaft*,⁴ 2a. ed., 1998, en todo caso considerando lo antes señalado, lo menciono como pie de página. De otro lado, el mejor libro de derecho constitucional alemán es el trabajo de mi maestro Konrad Hesse, *Grundzüge des Vefassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995; ha aparecido en español un extracto.⁵ Me alegraría mucho, que un día en el Perú apareciera un De Vergottini para Latinoamérica o un Hesse para su país.

10. *Dada su larga experiencia como profesor, ¿cuál es el mensaje que podría dar a los nuevos y jóvenes profesores y estudiantes para mejorar la enseñanza y el aprendizaje del derecho constitucional, para evitar que la sociedad piense de los profesionales del derecho como en el Ricardo II de Shakespeare?*

Es un gran honor que me coloque como un embajador para sus colegas y estudiantes. Hasta ahora apenas tengo treinta años como profesor en Alemania, y desde hace quince años ejerzo como profesor invitado en Suiza. Pero, igualmente no me siento legitimado para dar un mensaje. Sin embargo, cada joven peruano que estudie derecho constitucional en Perú debe saber que la única forma en que se puede sobrevivir con justicia social es siempre estar conducido hacia una sociedad abierta, gracias a las teorías de la justicia desde Aristóteles hasta Rawls. Con eso permítame de manera muy personal añadir incidentalmente con mucho arrojo la propuesta siguiente: el Perú pertenece a la familia de los Estados constitucionales de nuestro tiempo, donde la Constitución de 1979 ante todo ha sido más que un trozo de papel. Los jóvenes juristas en el Perú también podrían percibir ante sus ojos, que son la obra de

⁴ No hay aún una versión en castellano, pero se podría traducir como *Teoría constitucional como ciencia cultural*.

⁵ En efecto, en el medio se cuenta con la traducción parcial de dicha obra e introducción por Pedro Cruz Villalón, bajo el título *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 112.

una gran comunidad y de una cadena de generaciones. Por todo el mundo, desde hace miles de años, se apela a los jóvenes y a sus maestros a una tarea de construir una comunidad justa. Los textos clásicos del derecho y la justicia, desde la Biblia hasta los actuales principios del Estado constitucional, también del derecho positivo peruano, se pueden interpretar y vincular con la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, lo cual amplía y desarrolla su contribución.

Para mí es provocadora la cita de Shakespeare como la de T. Hobbes: *auctoritas non veritas facit legem*. Pero un padre del Estado constitucional que siempre debe leerse es J. Locke, así como los textos de los *Federalist Papers*,⁶ que transformaron a los Estados Unidos de América (1787).

Bayreuth, agosto de 1998.

⁶ Existen traducciones al castellano, así por ejemplo: Hamilton, Madison, Jay, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.

ENTREVISTA DE PAOLO RIDOLA*

¿En qué medida se ha profundizado y dentro de qué límites se encuentran los procesos de integración europeo puestos en marcha con los tratados de Maastricht y Ámsterdam, que —dicho sea de paso— son procesos de constitucionalización de la Unión europea?

Ya el clásico tratado de Roma de 1957 fue calificado por el Tribunal Superior de la Unión Europea como Constitución de la Comunidad Europea, sin que existiera de facto un Estado o se vislumbrara uno en el futuro próximo (consulte también la Constitución de la Comunidad Europea 22,293 [296]: “...de cierta manera, la Constitución de esa comunidad”). El maestro austriaco de derecho internacional A. Verdross hablaba ya en 1926 acerca de la Constitución de la comunidad internacional. El término Constitución no está en primera instancia relacionado con el Estado. De igual manera, ambos tratados, el de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997), nada dicen sobre el devenir de un “Estado europeo”, en el sentido común de la teoría general del Estado, hasta llegar a una constitucionalización de Europa. Con relación a esto, es necesario anticipar la diferencia entre derecho europeo, primero en el sentido estrecho de la Unión Europea, y, segundo, en el sentido amplio del consejo europeo, con sus 42 miembros al día de hoy, o de la OSZE con sus 54 Estados miembros. Mientras que, por un lado, el derecho europeo, en sentido amplio, posee material escrito de partes de Constituciones (sobre

* Traducción de Guillermo J. Mañón Garibay.

todo en forma de EMRK de 1950), por el otro lado, el proceso de constitucionalización de Europa, en el sentido estrecho de la Unión Europea, es mucho más hermético y cerrado. Este proceso se ha intensificado a partir de Maastricht y Ámsterdam, como lo muestra un vistazo al índice de temas y al complejo de normas de ambos “tratados constitucionales” que permiten desde ahora hablar de una comunidad constitucional de la Unión Europea.

Es necesario referirme en particular a cada una de las funciones que cumplen las normas constitucionales que, por eso mismo, pueden ser llamadas *funciones constitucionales*.

a) Comencemos con los contenidos: el artículo 60., párrafo 1 de la Constitución de la Unión Europea, define como norma básica de la Unión el “principio de la libertad, de la democracia, del respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el Estado de derecho”. Sobre todo en el párrafo segundo del mismo artículo se establecen vínculos con la EMRK, por ejemplo, se establece una relación “con base en la adopción de los principios generales de las constituciones de los Estados miembro como principios generales de la nueva comunidad de derecho”. Con esto se prescribe el contenido esencial de todas las Constituciones de los Estados, como libertad, democracia y Estado de derecho. Con esto también se retoma el trabajo realizado anteriormente por el tribunal de la Unión Europea en Luxemburgo, que no sin razón se calificó como tribunal constitucional cuando erigió los derechos fundamentales en principios jurídicos generales, convirtiéndose de esta forma en el primer texto constitucional. Además de esto, hay que agregar los “principios no escritos” del tribunal de la Unión Europea referentes a la igualdad, o sea, la prohibición de la discriminación, libertad de culto, protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, así como el reconocimiento a la prohibición del exceso de responsabilidad del Estado y la doctrina sobre la protección de las obligaciones fundamentales, por último, el reconocimiento al artículo 20., párrafo primero, de la EMRK, entendido como proceso de formación de una comunidad de derecho con derechos funda-

mentales. Si agrega uno las llamadas cuatro libertades económicas del “mercado civil”, por ejemplo, del liberalismo, del libre tráfico de mercancías, de la libre oferta de servicios y capitales, entonces sí se podrá reconocer un catálogo de principios fundamentales que serán, por un lado, escritos y, por otro lado, no escritos. Este catálogo motiva a dudar si no será necesario trabajar especialmente en una carta sobre los derechos fundamentales que describa los derechos constitucionales en texto y conceptos asequibles para todos los pueblos (a “imitación” de la discusión suiza sobre la nueva Constitución federal de 1999, en servicio de hacer transparente la realidad constitucional).

El *principio democrático* como otro gran tema constitucional está presente en el derecho al voto de los ciudadanos de la Unión (artículo 19 de la Constitución de la Comunidad Europea), en las elecciones (artículo 190 de la Constitución de la Comunidad Europea) y en las responsabilidades del Parlamento europeo; también en la constitucionalización de los partidos políticos a nivel europeo (artículo 191 de la Constitución de la Comunidad Europea), está presente en forma del voto a favor de la Comisión (artículo 214 de la Constitución de la Comunidad Europea), así como en la posibilidad del voto de desconfianza (artículo 201 de la Constitución de la Comunidad Europea). También la típica posibilidad parlamentaria para formar una comisión investigadora (artículo 193 de la Constitución de la Comunidad Europea) y el “derecho primario-fundamental” del derecho de petición (artículo 194 de la Constitución de la Comunidad Europea) constituyen la ciertamente no todavía completa “democracia europea” en el plano de la Unión Europea, aunque sí refuerza un proceso de desarrollo que ha tomado una dirección positiva, por ejemplo, en forma de la apertura de Hearings de los candidatos miembros de la Comisión 1999. Sobre todo cuando la apertura europea, cada día más grande, se entiende no sólo en el ámbito de “la cultura y el arte”, o también del derecho de la cultura, sino sobre todo en el ámbito de la política. Incluso hoy día los “escándalos públicos”, como en el caso Ban-

gemann, el caso de las vacas locas, el caso de la renuncia de la comisión Santer, todo tiene un efecto positivo.

Otros temas constitucionales más, que hasta el día de hoy fueron tratados por las Constituciones nacionales, son responsabilidad de las nacientes instituciones, como por ejemplo: las tareas ciudadanas (artículo 195 de la Constitución de la Comunidad Europea) o el Tribunal Auditor con sus auditorías públicas (artículo 248, párrafo primero de la Constitución de la Comunidad Europea).

A esto hay que agregar —igualmente por parte de la organización institucional— el Tribunal de la Unión Europea en Luxemburgo (artículo 220 de la Constitución de la Comunidad Europea), que es igualmente expresión de los “poderes, por ejemplo, división de funciones”, en la Unión Europea. A través de su innovadora judicatura, que va más allá de la “conservación del derecho” (artículo 220 de la Constitución de la Comunidad Europea), del “derecho comparativo de los valores”, de la elaboración de principios generales del derecho y del ejercicio de su independencia, por todo eso —digo— es el tribunal de justicia de la Unión Europea de facto un *tribunal constitucional* por excelencia, paralelo al EGMR de Estrasburgo, en cooperación con él y con los tribunales nacionales: como la Corte de Roma, el Tribunal Constitucional de Madrid y el Tribunal Constitucional federal de Karlsruhe. Todos ellos son tribunales constitucionales por el hecho de estar vinculados a la Constitución nacional en el marco de sus competencias nacionales. Pues de la misma forma, el tribunal de la Comunidad es constitucional, por el hecho de estar vinculado a través del derecho de la Comunidad, de la forma como vemos que lo están los otro tribunales nacionales y que por eso son también tribunales “de la Comunidad de derecho”.

Para finalizar unas ideas sobre las metas de la Unión Europea, que en palabras de la teoría general del Estado deben ser consideradas “metas del Estado” y que en el contexto del derecho europeo, en sentido estrecho, fungen como metas constitucionales. Correspondientemente a esto, en primer lugar se encuentran las

metas económico políticas (artículo 3o. de la Constitución de la Comunidad Europea) sirviendo a los principios de la “economía abierta de mercado y a la libre competencia” (artículo 4o., párrafo tercero de la Constitución de la Comunidad Europea). El artículo 2o. de la Constitución de la Comunidad Europea pertenece a este contexto (“fomento del progreso económico y social”), de la misma manera que la parte tercera, título VII (“economía y política monetaria”). Esta cláusula constitucional, referente al bienestar económico general, es complementada por las agendas de los otros temas y nos da derecho a decir que éstos fundamentan a aquélla. Junto a las metas de la formación profesional (artículo 149 de la Constitución de la Comunidad Europea) se encuentra la cláusula sobre derecho constitucional a la cultura, en el artículo 151 de la Constitución de la Comunidad Europea, que en su sentido más propio “constituye” a la Europa de la Unión Europea. Puede ser el deseo de Europa convertirse en una unión política a partir de intereses económicos, pero su identidad tiene origen cultural.

De la misma forma como la “identidad nacional” del artículo 6o., párrafo tercero de la Constitución de la Comunidad Europea no está en conformidad con la teoría clásica de la soberanía de Bodino, sino que exige ser interpretada desde la teoría de la cultura, de la misma manera debe ser entendida desde la teoría de la cultura la “afirmación de la identidad” de la Unión Europea, el “lugar de su libertad, de su seguridad y de su derecho” (artículo 2o. de la Constitución de la Comunidad Europea), entendiendo que su derecho a la cultura supone una unidad y una pluralidad. La tarea cultural, esto es, el “énfasis en el legado cultural común”, “la importancia para Europa de la protección y conservación de su legado cultural”, “el desarrollo de la dimensión europea en su sistema educativo”, constituye una parte del proceso europeo de “formación de una Constitución”. También la meta para reforzar “los fundamentos científicos y tecnológicos de la comunidad” (artículo 1763, párrafo segundo de la Constitución de la Comunidad Europea) refiere literalmente al ámbito econó-

mico (desarrollo de “la capacidad de competencia a nivel internacional”). Pero debido a que toda economía —al igual que el “mercado”— sólo posee una relevancia instrumental, tiene que dirigirse la meta constitucional europea a la cultura —entendida como la “segunda creación”—. La responsabilidad frente al medio ambiente (artículo 174 de la Constitución de la Comunidad Europea) representa también un mosaico en el conjunto entero de la estructura de la Constitución de la Unión Europea. Esto recuerda, de muchos modos, a las múltiples cláusulas sobre medio ambiente dentro de las Constituciones nacionales de los Estados (por ejemplo: artículo 66 de la Constitución de Portugal; el artículo 73, hasta el 80 —y ahora artículo 20 de la Ley Fundamental— de la Constitución federal suiza), sin que por eso se anulen las diferencias.

b) La Unión Europea no dispone de ninguna “Constitución completa”, sino que se compone a partir de pedazos de Constituciones. Esto corresponde a la forma como está constituida la Comunidad Europea y a la manera como en el orden nacional se satisfacen funciones constitucionales tradicionales y nuevas.

Como funciones tradicionales podemos mencionar la limitación del poder, común a todo pensamiento constitucional. En el artículo 7o., de la Constitución de la Comunidad Europea, encontramos una referencia a esto (por ejemplo daño a los principios fundamentales por un Estado miembro). Este artículo es una especie de cláusula de garantía del cumplimiento de la homogeneidad prefederal. Y pueden ser agregados todos los otros derechos fundamentales dentro de la unidad y Comunidad Europea ya mencionados, como derecho a la defensa, en el sentido de *status negativus*. Acto seguido, mencionaremos la limitación en tiempo y espacio de las elecciones parlamentarias (y de cualquier otro tipo), entendidas como parte del ejercicio temporal del poder democrático. También cumplen con la función de limitar el poder, en sentido constitucional, el principio de subsidiaridad (artículo 5o. de la Constitución de la Comunidad Europea), toda reglamentación sobre la “repartición de responsabilidades”, el

Tribunal de la Comunidad Europea, el Tribunal Auditor y las tareas ciudadanas. No se debe olvidar que la Constitución gana su sentido final cuando constituye y legitima el poder. Lo que significa definir el poder como emanación del pueblo y delegarlo temporalmente al uso confiable de un partido. Todos los órganos de la Comunidad, desde el Parlamento hasta el banco europeo para la inversión, deben ser mirados bajo esa perspectiva, incluyendo cada una de sus “políticas” (artículo 23, hasta 181, de la Constitución de la Comunidad Europea; artículo 2o. de la Constitución de la Unión Europea). Otra función tradicional de la Constitución es la función integradora de los ciudadanos y pueblos (con todo el pluralismo que representen). Esto se manifiesta en el preámbulo (comparé el preámbulo de la Constitución de la Unión Europea: Maastricht voto a favor de la libertad, democracia, derechos humanos, Estado de derecho, deseo de reforzar la solidaridad entre los pueblos “respetando su historia, cultura y tradiciones”) y debe ser interpretado a la luz de las metas constitucionales (el “significado a la protección del legado cultural”, artículo 151, párrafo segundo, de la Constitución de la Comunidad Europea) en el caso que se oculte detrás de derechos fundamentales, como por ejemplo la unión civil para el derecho al voto (artículo 19 de la Constitución de la Comunidad Europea) y del derecho de petición (artículo 194 de la Constitución de la Comunidad Europea). Todas esas funciones, que ofrece una Constitución a sus destinatarios, abren la posibilidad de una identificación dentro de esta Europa en proceso de unificación (compare artículo 1o. de la Constitución de la Unión Europea: “nuevos avances” en una “cada vez más unida Europa”, la tarea de configurar las “relaciones entre los pueblos de manera solidaria”) reforzando aquello que es común a los miembros y pueblos (artículo 2o. y 6o. de la Constitución de la Unión Europea [derechos humanos, democracia, Estado de derecho], artículo 3o. [“propiedad comunal”], artículo 11 [comunidad de valores], y lo que divide [identidad nacional, artículo 6o., párrafo tercero de la Constitución de la Unión Europea]).

Esta consolidación de los derechos fundamentales (compare artículo 151, párrafo primero de la Constitución de la Comunidad Europea: “legado cultural común”) es una función constitucional típica, como muestran muchas nuevas Constituciones en los países en desarrollo de Europa oriental, y que llega a rozar las capas emocionales más profundas (por ejemplo, simbólicas) y educativas. Todas esas funciones, dosificadas en los múltiples artículos, constituyen una riqueza de conjunto que hace madurar a la Unión y Comunidad Europea hacia una “comunidad constitucional” como se puede ver en una parte de su Constitución escrita.

Hoy por hoy se habla mucho sobre una Constitución europea. La expresión “derecho constitucional común europeo”, que desde hace algún tiempo ha ganado mucha resonancia, es producto no sólo de los recientes desarrollos en el orden estructural de la Comunidad, sino, además, de una teoría de la cultura de un tipo especial, utilizada para dar forma a una teoría constitucional. ¿Cuáles son los fundamentos de esta teoría de la cultura que harán posible la teoría constitucional europea? ¿Cuáles son, bajo ese aspecto, las consecuencias predecibles de la futura ampliación de la Unión? ¿Cómo concluirá el proceso de recepción de los textos constitucionales en los distintos ámbitos: europeo, estatal y regional? ¿Cómo se puede clasificar la experiencia de la Comunidad dentro de la teoría de la cooperación entre Estados constitucionales?

Para responder a este segundo conjunto de preguntas:

a) Concepto y tema del “derecho constitucional común europeo” lo he —después de muchos intentos realizados desde principios de los años ochenta— estructurado en 1991 (*EuGRZ* 1991, pp. 261 y ss.) y ha tenido desde entonces una resonancia nada despreciable en Europa. De hecho, no tiene su origen en los recientes procesos de desarrollo de la Comunidad Europea, sino que proviene de un antiguo legado de estructuras jurídicas

que hoy día se cristalizan de manera especial en Europa. Las palabras de H. Coing “de Bolonia hasta Brúcelas” prefiguran esta tendencia. Fue el *genius* de los juristas romanos —no superados hasta ahora— los que fundaron el derecho europeo. Tanto el redescubrimiento del derecho romano en Bolonia, en 1100, como también el renacimiento artístico que tuvo lugar en Florencia, sorprendente por la manera tan original como se realizó la apropiación de la antigüedad, han dado su impronta a la Europa de nuestros días. Cicerón, por ejemplo, trascendió no sólo como uno de los grandes juristas de la antigüedad, además de haber sido quien acuñó el término cultura. Pienso en él como el primer gran jurista europeo, de quien aún hoy día tratamos en Alemania para dirimir el asunto sobre la reforma en la educación de los futuros juristas. Los textos que fundamentan esta Europa son todos los clásicos, desde Aristóteles hasta H. Jonas (sobre el principio de responsabilidad).

Si vamos a hablar de la formación de la cultura jurídica europea, hay que mencionar ante todo la historia misma del derecho desde su invención en Roma, como es el caso del *codictio* o del derecho privado, su cientificidad, su desarrollo posterior a partir de las distintas recepciones descritas por el afamado sabio alemán, tan conocido para los italianos, F. Wieaker. Luego hay que mencionar la dogmática jurídica con todas sus reglas lógicas y su racionalidad, sus sutiles distinciones y su método orientado hacia la justicia. La independencia en la legislación, expresión de las ideas de Montesquieu sobre la división de poderes y de todos los teóricos clásicos sobre el Estado constitucional (J. Locke, entre otros), conforma un elemento más de la cultura jurídica europea junto con el principio del derecho a un juicio justo y a ser escuchado. Otros temas son, por ejemplo, la “imparcialidad del Estado frente a las cosmovisiones religiosas” (también expresadas en el artículo 151, párrafo primero, de la Constitución de la Comunidad Europea y que incluye dentro del “legado cultural” tanto a la cultura jurídica como a la “identidad nacional”). Y, por lo pronto, mencionemos un último elemento de la cultura

jurídica europea en el sentido de Humus europeo: particularidad y universalidad en su relación con el mundo (a la manera de la Comisión de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas o la presencia de estructuras jurídicas definidas dentro del Estado de derecho).

b) Únicamente sobre estas bases puede ser posible una teoría constitucional como teoría de la cultura. Desde 1982 es este el programa a realizar, y desde entonces se ha venido edificando paso a paso con el fin de tener una teoría constitucional que dé razón de la Constitución como parte de la cultura. Esto comienza con la labor de ordenar el preámbulo dentro de la Constitución y los textos jurídicos europeos, análogamente como se ordenan las oberturas en las óperas y los prólogos (como el del Fausto de Goethe) y los preludios (J. S. Bach). Lo que tiene como consecuencia la comprensión de todas las libertades como algo no natural, por ejemplo, como *libertad cultural*, como libertad más allá del estado natural (este último es sólo una ficción), y, además, la fundamentación del federalismo y del regionalismo concretamente a partir de la riqueza cultural de un país. Otras aplicaciones de la teoría constitucional, entendida como teoría de la cultura, se encuentran, por un lado, en el tiempo libre, en los días feriados como “fuente de consenso emocional” de un Estado constitucional. De esta forma, el domingo es la posibilidad y espacio para ocuparse en libertad con la cultura, o también una nueva forma de entender la relación con Dios en las Constituciones modernas (últimamente en la Constitución federal suiza de 1999). Por otro lado, las metas educativas (como respeto a la dignidad humana del prójimo, educación dentro de los derechos humanos, responsabilidad frente a la naturaleza y el medio ambiente) representan una aplicación más de la teoría constitucional. El conjunto total será agrupado con ayuda de un *texto paradigma*, esto es, con ayuda de las nuevas Constituciones originadas en los países vecinos y a lo que puedan aportar en texto y concepto en razón de su peculiar realidad constitucional. El estudio histórico sobre la manera en que se ha entendido la Cons-

titución, y que hoy día está universalmente extendida gracias a los procesos mundiales de producción y recepción, se suma al “quinto” método de interpretación (agregándolo a los cuatro clásicos propuestos por F. C. von Savigny), a saber: al de la teoría del derecho comparado.

Sobre todo, entendemos aquí por cultura constitucional algo más que el texto jurídico o la legislación, sino la expresión de un Estado cultural que sirve de medio para la autoconciencia de un pueblo, que funge como espejo de su legado cultural y fundamento de sus futuras expectativas.

Una *teoría europea* constitucional tiene dos tareas que hay que definir por separado. La primera es encontrar el camino que lleve de la responsabilidad universal en la Comunidad Europea a la regional y que entienda Europa tanto en su sentido amplio como estrecho. Esta sería la primera forma muy concreta en que habría que seguir trabajando en el enriquecimiento de la herencia cultural europea, y que en el caso de los Balcanes significaría dotarlos con las estructuras del Estado constitucional (democracia, derechos humanos, Estado de derecho, federalismo, protección a las minorías). La segunda tarea de una teoría constitucional europea consiste en repensar los conceptos hasta ahora creados para reflexionar sobre el Estado y que se vayan a aplicar al constructo Europa constitucional. De esta manera se van definiendo los contornos de una *Europa abierta* no sólo con elementos como arte y cultura, sino también a partir de una manera original de hacer política (presente en casos como la crítica que hizo el Tribunal Auditor, apoyado por la Comisión Santer y su ratificación pública a través de la Comisión Prodi, a la Comunidad Europea por la forma de conducirse con el presupuesto, con lo cual se hizo patente la positiva apertura europea, como también en las elecciones europeas de 1999, no obstante la exigua participación en las mismas). El punto de apoyo arquimiliano de la Europa constitucional ha dejado al Estado sobre todas las cosas, y ha tomado al “ciudadano europeo” y, en unión con él, a los “pueblos de Europa” (artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución de

la Unión Europea). Ciertamente, los Estados miembros conservan Constituciones nacionales particulares tanto por su aspecto temático como funcional. Sin embargo, no por eso dejan de estar dentro del contexto de las Constituciones de la Unión y la Comunidad Europea. En Alemania no debe seguirse hablando sobre el “derecho estatal de la iglesia”, sino dentro del contexto europeo debe hablarse del “derecho constitucional religioso” (el islam es la segunda o tercera religión en Francia y Alemania). Las “metas tradicionales del Estado” —descritas anteriormente— son ahora *metas constitucionales*. Ante todo, la teoría constitucional europea debe convertir en objeto de su preocupación el acelerado proceso, interno y externo, de europeización del derecho (nacional). Los tribunales nacionales se transformarán en lo que ya son el EGMR y el EuGH, a saber: tribunales (constitucionales) europeos. Y aquí podemos mencionar también al “derecho administrativo europeo”, al “derecho privado común europeo”, al “derecho laboral europeo”, como ejemplos pertinentes de lo que queremos decir. Para concluir, diré que la teoría constitucional europea debe reflexionar también sobre la “democracia europea”, como sería el caso de la revocación del mando de algunos miembros (parlamentarios) de la comisión, o el desarrollo de procesos plurales para la elaboración del derecho fundamental o de la carta de valores fundamentales. Nunca hay que olvidar que Europa, a partir de su cultura, es una comunidad de derecho al servicio de la economía, y es una comunidad para posibilitarle al ciudadano europeo un *paso firme* gracias a las libertades culturales en el sentido de la triada de Goethe: “quien posee ciencia y arte, ése posee también religión; quien no posee las dos primeras, ése posee religión”.

c) Las consecuencias de la ampliación de la Unión Europea con el fin de incluir a países de Europa oriental son difíciles de predecir. Con respecto a esto es necesario no olvidar la ampliación de los países sureños (Malta, tal vez Chipre). El “proceso de Barcelona”, ahora paralizado, debe ser también mencionado, porque plantea la asociación de los Estados mediterráneos del

norte de África y porque le corresponde especialmente a Italia, junto con España, un papel sobresaliente. Los llamados candidatos a ingreso, como Estonia, Polonia, República Checa, Hungría y Eslovenia, tal vez más tarde Eslovaquia, Lituania, Letonia, colocan a la Unión Europea frente a un trabajo hercúleo. Todos estos países son ciertamente miembros de Europa en sentido amplio, lo que significa ser miembro del Consejo Europeo de la OSZE. Su “europeización constitucional” comenzó desde el *annus mirabilis* en 1989 y, sobre todo, con la aplicación de los principios de la EMRK. Pero yo me pregunto cómo será posible una ampliación y profundización del proceso de unidad europea cuando 20 pueblos y más de Europa desean pertenecer a la Unión Europea. Seguramente esto es sólo posible a lo largo de mucho tiempo y pensando en las muchas veces invocada *flexibilidad*, esto es, pensando en un proceso de integración diferente y escalonado. La ampliación es también un argumento a favor de ser precavido en la transición hacia el principio de mayoría en algunos ámbitos de la política, porque el principio de unanimidad, que ha valido hasta el día de hoy, podría conducir a la Unión Europea hacia su ingobernabilidad y bloqueos. Los candidatos a ingreso, que por razones políticas desean alcanzar rápidos éxitos, deben ser conscientes de que sus estructuras jurídicas precisan de acercamiento y emparejamiento con las de Europa y que eso es tan importante como la pertenencia “técnica” a la Unión Europea. Para ser más concreto diré lo siguiente: un derecho privado más eficiente, una protección jurídica auténtica, un regionalismo vivo (como “pequeño hermano del federalismo”), una mínima ética jurídica, estándares comunes a todos los europeos, en fin, todo eso sería una condición interna y profunda para el *ingreso*.

d) Una palabra sobre el efecto de la recepción de textos constitucionales. La recepción de textos jurídicos es un ejemplo más de la recepción de otros textos u obras de la inteligencia. En estos casos se trata de procedimientos científico culturales. De una manera, las Constituciones son comparables a los libros de las tres grandes religiones, porque están impregnados de fe en la

palabra —escrita—, en el texto. La apropiación de esos libros constituye un suceso comparable a una nueva creación, semejante por otro lado al de una “traducción”. Esto significa que la apropiación de textos jurídicos no implica una simple imitación o trasplatación. Lo que vaya a suceder en un lapso intermedio con un texto jurídico depende del contexto cultural, y esto está bien así. Los países de Europa oriental, que actualmente reciben tanto material jurídico del Occidente, harían bien en fundir de forma creativa esos modelos a su propio sistema, porque, de otra manera, permanecería el derecho adoptado como una especie de cuerpo advenedizo. El derecho comparado (que debe ser ejercitado continuamente) es significativamente pertinente para la política jurídica y su interpretación. Este ejercicio sería algo así como *comparación entre desiguales*. Describir las muchas formas de recepción sería un tema a tratar independientemente. Como ejemplo mencionemos el Tribunal Constitucional de Europa oriental, como el de Eslovenia o el de Ucrania, que adoptó creativamente un texto constitucional occidental (“recepción cruzada”) o como también es el caso de España en donde su Tribunal Constitucional en Madrid adoptó para su regionalismo el principio científico “alemán” sobre la “adhesión federal” de R. Smend. En la historia del derecho europeo ha habido grandes casos de recepción, como el caso de la recepción del derecho romano en el siglo XV. En Asia son igualmente fascinantes los casos de recepción, como por ejemplo, con relación a Japón y los Estados Unidos de Norteamérica y Alemania. En resumen, los casos de recepción son hoy día un tema muy actual —así como también un periodo de prueba— de la teoría constitucional (europea) entendida como ciencia de la cultura.

e) Por último, algo en relación al “Estado constitucional cooperativo”. Yo mismo propuse ese concepto en 1978 cuando escribí mi texto en honor a Schlesky, y he visto que se ha confirmado gracias a la evidencia de la realidad y la literatura científica. Este concepto afirma que el Estado constitucional en el momento actual de su evolución no se justifica “por sí mismo”, sino que de

principio a fin se encuentra “condicionado desde fuera de sí mismo” (W. von Simson). Los muchos nuevos artículos europeos en las nuevas Constituciones (como ejemplo el artículo 23 de la Ley Fundamental), o también la cláusula mundialmente propuesta en otras Constituciones sobre transparencia y de responsabilidad (artículo 54, párrafo segundo, de la Constitución federal suiza o el artículo 54 de la Constitución del Cantón de Berna), muestra, de manera general, la forma como cada una de las naciones constitucionales vive de la cooperación en ámbitos distintos (regional, universal). La Unión Europea no es ciertamente un *Estado*, sino que forma una comunidad constitucional, producto de fundir las partes constitucionales europeas escritas y no escritas, aunque no por esto vive menos de las estructuras de cooperación, como se muestra en el territorio interno, en la apelación a la “solidaridad entre los pueblos” (preámbulo de la Constitución de la Unión Europea de Maastricht), en la creación de una “economía y unión monetaria”, en todos los elementos que constituyen el “orden de la unidad” (D. Tsatsos) (compare con el artículo 2o. de la Constitución de la Comunidad Europea), o también en forma de una “red transeuropea” (artículo 154 de la Constitución de la Comunidad Europea) que se muestra en las relaciones exteriores (tema: cooperación para el desarrollo según el artículo 3o., párrafo primero, Constitución de la comunidad Europea. Literalmente: “desarrollo armonioso del comercio mundial, según el artículo 131 de la Constitución de la Comunidad Europea). Por supuesto, existe un remanente de exclusión en la sentencia “identidad a nivel internacional” (artículo 2o. de la Constitución de la Unión Europea), o en las palabras “fronteras exteriores” (artículo 11, párrafo primero, de la Constitución de la Unión Europea). De manera crítica se habla de la “fortaleza europea”, sobre todo por los países que se encuentran actualmente *fuera* de ella. Sin embargo, esta crítica se mitiga si pensamos en la sociedad de las naciones que no da lugar a un *afuera* y un *dentro*. Especialmente, entre los miembros de la unidad europea no hay lugar a la expresión *país extranjero*, sino tan sólo país *hermano europeo*. La apertura de

los (naciones) Estados constitucionales son un *paradigma mundial* y sus responsabilidades en materia de cooperación internacional debe seguir valiendo para toda la comunidad constitucional de la unidad europea. Especialmente, cumplen con funciones puente: España en relación con los Estados iberoamericanos y Portugal con relación a los países de habla portuguesa en África.

¿Sobre qué fundamentos y dentro de que límites es posible el desarrollo de una teoría constitucional europea? ¿Cuáles son los impedimentos que pueden venir de una tradición constitucional anglosajona? ¿Puede contribuir la dimensión europea a solucionar las relaciones de dependencia de la teoría constitucional y de las categorías de la estaticidad dominantes hasta ahora?

Mi respuesta a la pregunta por una teoría constitucional europea será muy modesta. Primero puedo decir que todas las comunidades científicas europeas trabajan en el desarrollo de una teoría semejante, de tal forma que podemos hablar de un “concierto privativo europeo”. También, cada comunidad científica nacional ha hecho grandes adelantos según la voz y tiempo de cada cual. De esta manera, Italia merece reconocimiento por sus logros científicos en el ámbito del regionalismo, así como por sus trabajos de teoría constitucional, teoría de derecho fundamental, derecho constitucional comparado y teoría de partidos. En este sentido, un maestro europeo en derecho estatal fue C. Mortati. España suma logros en la investigación de las fuentes del derecho, del regionalismo y en el campo de la teoría general del derecho. En el caso de Alemania son conocidas sus varias teorías sobre derecho fundamental e interpretación constitucional. Ciertamente que para los jueces constitucionales sólo se da una “integración pragmática de elementos teóricos”, por eso deben competir las comunidades científicas nacionales en la elaboración de la comparativamente mejor teoría constitucional. Estoy seguro que en poco tiempo tendremos en Europa una teoría constitucional muy compleja que reúna tanto

elementos de los clásicos de Weimar (como R. Smend: *Constitución como eficacia y obstáculo*; H. Heller: *Realidad social como corolario humano*) como elementos nuevos.

Mi proposición personal al respecto apunta a concebir la Constitución como *proceso público* (1969/78) y concebir la “Constitución como cultura” (1982). En relación a Weimar, aparecemos los alemanes de ahora como “enanos sobre los hombros de gigantes” (se debería reivindicar la teoría de la integración de R. Smend relacionada con el Estado nacional, porque la apertura europea de todos los Estados miembros transforma de manera sustancial la construcción de la unidad). Los países romanos (latinos) podrían, a partir de su tradición jurídica, hacer énfasis en los aspectos simbólicos y retóricos de la Constitución; Francia, por ejemplo, planeando y organizando el elemento racional. Las líneas tradicionales de los países anglosajones deben ser entendidas como un enriquecimiento, no obstante que algunas veces existan fricciones con el pensamiento continental. El *case law* o postura privilegiada del juez, no se distingue más de manera radical del sistema de derecho continental, como en el pasado. Aquí, como en el resto de Europa, gana siempre más peso la pericia *pretórica* del juez para la interpretación.

El Tribunal Federal Constitucional publicó el tomo número 100 con sus veredictos. Siempre es bueno “leer” sus decisiones sobre los principios fundamentales, así como sus escritos sobre la Ley Fundamental. Los dos tribunales europeos de Luxemburgo y Estrasburgo se esmeran, a su manera, en hacer coincidir las dos formas clásicas que tiene el juez de hacer justicia. Algo debe lograr el discurso jurídico europeo en el plano académico, a saber; matizar la muy alemana sobreestima del Estado, como lo manifiesta la expresión “fusión de Estados” (Constitución Federal de la Comunidad Europea). La situación constitucional actual europea, por ejemplo, el proceso de constitucionalización europeo, no puede ser entendido con las categorías de la teoría general del Estado. Huelga decir que la “unión parlamentaria” (artículo 17 de la Constitución de la Comunidad Europea) rompe

con la forma de pensar dentro de la visión de las naciones, así como también el acuerdo de Schengen o el concepto de “fronteras estatales”. En Europa debe trabajarse en el desarrollo de una teoría constitucional, porque las teorías del Estado tienen valor limitado cuando los Estados nacionales miembros permanecen “Estados constitucionales”. Y en este punto podemos aprender del pensamiento anglosajón, porque ellos nunca hipostasiaron el concepto de Estado y porque nunca argumentaron a partir de una *unidad nacional*.

El orden estructural de la Comunidad Europea se funda en los principios fundamentales de la economía de mercado y de la libre competencia. ¿Qué papel juegan estos principios en la elaboración y desarrollo de una teoría constitucional que tiene como punto de partida una teoría de la cultura?

La muy citada “casa europea” se funda también, aunque no sólo, en el libre mercado y la libre competencia. En este sentido, los textos constitucionales son muy claros (compare el artículo 4o., párrafo primero, de la Constitución de la Comunidad Europea, donde dice: economía abierta de mercado con libre competencia. Semejante a éste es el artículo 98 de la misma Constitución, o el artículo 3o., párrafo primero, de la misma Constitución, donde se dice: “mercado interno caracterizado por la supresión de barreras para el libre tránsito de mercancías, personas, servicios y capitales entre los países miembros”). Haciendo historia, vemos que desde sus orígenes se concibió a la Comunidad Europea como una comunidad económica, pero al servicio de una meta mayor, a saber: la unidad europea como unidad cultural, de cultura jurídica. A J. Monnet se le adjudica esa expresión, y si tuviera él que ver hoy día otra vez con Europa, comenzaría con el aspecto cultural. Veamos el artículo 128 de la Constitución de la Comunidad Europea de Maastricht, también ahora el artículo 151 de la Constitución de Ámsterdam donde era más que necesario acentuar la cultura de derecho constitucional en

esos textos (compare el artículo 87, párrafo tercero de la misma Constitución citada, donde se menciona literalmente al “legado cultural”). Con esto se esclarece aquello que constituye la estructura fundamental europea, enfatizando el deber de repensar permanentemente la cultura jurídica.

Falta una teoría constitucional europea del mercado. Desde el punto de vista de la teoría constitucional europea permanece el mercado un “ente desconocido”, no obstante que la expresión “proceso de descubrimiento” (compare con Hayek) sea un indicio de este conocimiento. La idea del mercado ha emprendido su grandiosa marcha triunfal en todo el planeta desde la derrota del marxismo-leninismo y de su economía planificada. Existe la amenaza de que hoy día se convierta en un fin en sí mismo sometiendo a las estructuras culturales. M. Gräfin Dönhoff previene, con razón, ante el “indomable capitalismo”, y exactamente una teoría constitucional europea, entendida como teoría de la cultura, debe recordarnos que no todo es susceptible de ser reducido a mercado, que el mercado tiene límites, que si bien la libre competencia es en algunos aspectos productiva, no obstante está sujeta a condiciones culturales. Por eso, Francia se refiere en los medios, con todo derecho, una y otra vez, a su “situación cultural excepcional”. Y la doctrina social de la iglesia nos recuerda la responsabilidad social de todo libre mercado. Propiedad y trabajo tienen tanto una relevancia (o función) personal como otra social. Y por esto mismo, ha formulado en la Declaración de París de la Internacional Socialista de noviembre de 1999 lo siguiente: “no confundamos democracia con mercado”. Hay bienes que deben ser protegidos fuera de las reglas de la economía de mercado, como educación, salud, cultura y medio ambiente. Ciertamente, la economía de mercado social es desde Ludwig Erhard “coextensiva” con la democracia liberal. Pero la imprescindible palabra “social” nos refiere a nociones de justicia social que precisamente ahora deben ser defendidas por el derecho y la política europea. Así debe ser entendida la irrenunciable tarea de la Constitución federal alemana de “aprovisionarnos” con cultura a

través de la televisión pública y frente a la cada vez más agresiva televisión privada. Y de la misma forma como tiene su razón y fundamento el pluralismo político y económico, así también tiene éste sus límites gracias a los valores fundamentales; los cuales, dentro de la concepción alemana por ejemplo, justifican la prohibición de un partido político (artículo 21, párrafo segundo, de la Ley Fundamental). La razón reside en los límites de lo tolerable, que deben existir también para las libertades del mercado. En este respecto, un tema sería la unión social europea, otro más la unión para el medio ambiente. Aquí debe ser notoria “la mano visible” del derecho constitucional europeo. No se puede permitir en Europa el surgimiento de ningún “euro-nacionalismo”. De lo contrario se dañaría el acervo cultural y jurídico europeo, no obstante funcione eficientemente la economía, como vehículo instrumental, en interés del aumento del bienestar. Con toda razón habla el artículo 2o., de la Constitución de la Comunidad Europea, sobre “el desarrollo responsable y sostenido de la vida económica”, sobre el “aumento en la seguridad social” y sobre el “mejoramiento de la calidad ambiental”. Por su lado, el artículo 136 de la misma Constitución, hace referencia a lo declarado en la carta social de 1961; los artículos 152 y 153 aluden a la salud y protección del consumidor, mientras los artículos 174-176, de la misma Constitución, tienen presente al medio ambiente.

Existe un bien común europeo que debe ser teóricamente desarrollado, pero que ya hoy cuenta con algún fundamento que se puede encontrar en los siguientes artículos: el artículo 87, párrafo tercero, así como, en líneas generales, el artículo 2o. y 16, todos de la Constitución de la Comunidad Europea, (“valores comunes de la Unión”, artículo 43, párrafo primero, de la Constitución de la Unión Europea). También puede verse que el concepto “conciencia europea”, que posee la tarea de guiar el comportamiento de los partidos políticos (artículo 191 de la Constitución de la Comunidad Europea), no proviene de la económica, sino de la ciencia de la cultural. Todos estos son mosaicos del artículo

11, de la Constitución de la Unión Europea, en su cláusula sobre valores fundamentales dentro de la comunidad de derecho (“conservación de los valores comunes”).

La protección de los derechos fundamentales, dentro del derecho europeo, es esencialmente un logro de los legisladores. Logro que se ha obtenido gracias a la cooperación entre el Tribunal de la Unión Europea y los jueces constitucionales de los Estados miembros. Esto es, de muchas formas, un reflejo claro de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. ¿Qué posibilidades y obstáculos se derivan de esto para la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales de la comunidad jurídica europea? ¿Qué tensiones existen entre la protección de los derechos fundamentales dentro del derecho de la Comunidad y el sistema de la EMRK?

En efecto, la protección de los derechos fundamentales representa para el derecho de la Comunidad Europea uno de los más grandes logros —pretorianos: por ejemplo, logros jurídicos— judiciales del Tribunal de la Unión Europea. Esta protección se ha convertido en el “motor de la integración” y es la gran consecuencia del *judicial activism* en materia de atención a los derechos fundamentales. Grandes juristas, por ejemplo, han creado una cláusula no escrita de contenido esencial para los derechos fundamentales, según la cual será garantizada la igualdad entre hombre y mujer, así como la libertad religiosa. El Tribunal de la Unión Europea trabaja en el “derecho comparado estimativo” que se comenzó a elaborar a partir del orden legal de los países miembros, en tiempos de la “EWG”, entonces principios generales de derecho. Este suceso, por demás creativo, se encuentra “recompensado” con los tratados de Maastricht y Ámsterdam, en tanto que en el artículo F, párrafo segundo (ahora artículo 6o., párrafo segundo), junto con la referencia al EMRK, se menciona la obligación de la Unión para con los derechos fundamentales; ahí se dice: “la comunidad de derecho infirió los

principios fundamentales universales a partir de las colaboraciones constitucionales de cada uno de los Estados miembros”. Con esto se erigió la judicatura del derecho de los derechos fundamentales comunes europeos y se honró los logros del Tribunal de la unidad europea. En esto han concurrido todas las culturas jurídicas nacionales: la francesa, por ejemplo, a favor del principio de proporcionalidad; los alemanes en favor de la protección del “contenido esencial” de los principios fundamentales, etcétera. El Tribunal de la Unión Europea constituye dentro de sus consejos una “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución” gracias a su composición multinacional, que atrae nuevas fronteras hacia sí a través de la ampliación hacia oriente y sur de Europa. El estira y afloja entre el Tribunal de la Unión Europea y los tribunales constitucionales de cada nación se dirige hacia su formalización a través del reconocimiento mutuo y elaboración conjunta de las sentencias respectivas. Hay también contactos informales que por el significado que poseen para la legislación de los principios fundamentales al interior de Europa no deben ser menospreciados. Hay encuentros regulares de todos los jueces constitucionales de Europa —donde recientemente ha sido acogida Polonia—, y el EGMR participa siempre activamente determinando forma y contenido.

Usted pregunta con razón sobre la posibilidad de una Carta de la Unión Europea con principios fundamentales. Esa pregunta ocupa hoy por hoy al interés público, tanto político como jurídico, como, por ejemplo, las iniciativas oficiales del Consejo y Parlamento europeo, en Alemania concretamente, el Consejo Federal (Bundesrat) se orienta desde otoño de 1999 hacia la apertura de un “proceso legislativo constitucional”. En la señalada como primera parte “constitucional” se debe llegar a un preámbulo, a las metas de la Unión, a los derechos fundamentales, así como a la definición de las instituciones de la Comunidad. La otra parte, la del desarrollo propiamente dicha, determinará cada uno de los ámbitos políticos pertinentes. A continuación simplemente bosquejaré el problema de la Carta de los Principios Fun-

damentales, y la pregunta por los principios fundamentales de una Constitución escrita de la Unión Europea la dejaré para otra ocasión. En mi opinión, hace uno bien al avanzar paso a paso por el sentido que tiene una “obra imperfecta” según Popper. Resulta cuestionable afirmar que ha llegado la hora de una Constitución europea; no obstante, vale la pena una carta con los principios fundamentales.

Para reflexionar, queda lo siguiente: no se trata de crear un catálogo completamente nuevo con principios fundamentales. Mucho mejor se debería aplicar a la *à jour* lo que de cualquier forma goza ya de vigencia, sea que esté por escrito o no se haya escrito. La discusión suiza sobre una nueva Constitución federal (1999) ha acuñado el concepto “complementación”, y significa depuración, sistematización, precisión de lo existente para lograr una mayor transparencia de la Constitución, por ejemplo, de la realidad de los derechos fundamentales. Lo que ha desarrollado el Tribunal de la Unión Europea con ayuda de todos los otros jueces constitucionales debe ser puesto en texto y contexto para la comprensión del ciudadano y los pueblos en general. A favor de una carta con los derechos fundamentales habla la necesidad de acercar a los ciudadanos a la Unión Europea, con todas sus peculiaridades, vía catálogo de derechos fundamentales. Harto frecuente se piensa en la Unión Europea como en el “Moloch de Brúcelas”, y el ciudadano podría tener una mejor *experiencia* de Europa si cuenta con un *libro* comprensible que le aclare sus derechos. Con esto sí se podría hablar de un *progreso* dentro del acervo del derecho a derechos fundamentales. Nos deberíamos aprovechar de las enseñanzas obtenidas en la discusión suiza sobre los derechos fundamentales. Ese *corazón* de Europa no pertenece de manera formal a la Unión Europea, no obstante, el EMRK en Suiza posee rango constitucional (al igual que en Austria). El Tribunal Constitucional federal suizo, así como cada uno de los juristas suizos, han trabajado arduamente a favor de los derechos fundamentales. El simple ingreso de la Unión Europea en el EMRK sería poco relevante, porque

lo haría aparecer como el cumplimiento técnico de un requisito jurídico. Una carta con los principios fundamentales, entendida como parte constitucional, podría subsanar el problema de que la Comisión para los Derechos Humanos de Europa esté poco presente en la mente de los ciudadanos. Yo no veo la posibilidad de tensiones entre el EMRK y la protección de los derechos fundamentales dentro de la Comunidad Europea. Representaría una ventaja si se corrigiera mediante una carta con los derechos humanos, la orientación del texto de la Comunidad y Unión Europea, donde se le otorga a la libertad económica un papel protagónico.

Incluso dentro de la Comunidad Europea se extiende la crisis del Estado benefactor (Wohlfahrstaat), así como ganan terreno los conflictos y temas sociales, la desigualdad en el terreno económico. ¿Cuenta la comunidad de derecho de Europa con los instrumentos adecuados para enfrentar las desigualdades económicas sociales? ¿Se puede, antes bien, hablar ya dentro de la comunidad de derecho de hacer una modificación a los tratados de los años noventa a propósito de los “derechos sociales”?

El problema social gana actualidad tanto al interior de los Estados constitucionales nacionales como la Unión Europea. El predominio del mercado, si bien un signo de la globalización, las tensiones entre países ricos y pobres nos llevan a conflictos especiales que debe aceptar la Comunidad Europea. Los textos actuales al respecto se caracterizan por haber desarrollado conciencia sobre este asunto: primeramente en cláusulas generales que prometen la coherencia y solidaridad de los Estados miembros y los pueblos: compare el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución de la Unión Europea, o el artículo 2o. de la Constitución de la Comunidad Europea (“unión y solidaridad social”), donde en parte es el discurso sobre “una apropiada protección social”, o sobre “diálogo social” (artículo 136, párrafo primero,

de la Constitución de la Comunidad Europea), y donde en parte también se erige un “fondo social europeo” (artículo 147). Sobre todo se refiere el artículo 136 de la Constitución de la Comunidad Europea a la Carta Social Europea de 1961, que en todo el mundo vale como *soft law*, debido a las normas de los artículos 136 hasta 145 que permiten reconocer las metas sociales constitucionales. Ciertamente, es la “Carta de la Comunidad sobre los Derechos Fundamentales sociales” la que ha hecho palidecer a los patronos. Desde el lado subjetivo del derecho, todos esos (partes del) textos constitucionales faltan o se desarrollan de una forma raquítica, pero hay suficientes textos *estimulantes* que pueden desplegar fuerza programada y efecto normativo en la política de la Unión Europea. En este punto, debería exigir más la opinión pública europea, y también sería de pensarse en anclar en la aquí recomendada carta de derechos fundamentales algunos derechos sociales fundamentales según el paradigma constitucional de los italianos, portugueses, y españoles. Las creativas Constituciones de las nuevas provincias federales (*Länder*) alemanas ofrecen alguna ayuda para las formulaciones y para encontrar en el *taller constitucional europeo* los mejores elementos para el texto.

A pesar de las modificaciones que ha introducido el tratado de Ámsterdam, el tema del déficit democrático de las instituciones de la Comunidad cobra nuevo sentido y actualidad. ¿En qué medida depende la superación del déficit democrático del hecho de poner un límite a las tendencias para la ampliación de la actividad de la Comunidad y de la burocratización de las instituciones de la Comunidad? ¿Qué relevancia adquiere el énfasis puesto en la orientación de las tareas de la Comunidad Europea? ¿Puede ser un remedio suficiente la tendencia hacia la parlamentarización de los principios democráticos a nivel europeo? ¿Es posible que esto refuerce las tendencias entre el principio mayoritario y la protección de las minorías? ¿Qué papel pueden jugar los instrumentos de democracia directa a nivel europeo?

Se ha criticado con razón el “déficit democrático” de la Unión, no obstante que recientemente, desde que la Comisión de Stander fue obligada a renunciar y la Comisión de Prodi se instaló en su lugar, se ha procurado introducir una mayor apertura política. Tampoco se puede negar la necesidad de contrarrestar en Bruselas la burocratización de la política en todos sus niveles y que la hacen aparecer orientada a servir a determinados intereses. Desde el punto de vista de los alemanes, esta dificultad se puede zanjar insistiendo en el principio de subsidiaridad, que le debemos a la doctrina social de la Iglesia católica y que a porfía de los alemanes se convirtió en texto constitucional (artículo 5o. de la Constitución de la Comunidad Europea, preámbulo del Tratado la Unión Europea de Maastricht). Además, siempre se debe ejercitar el veto de aquellos políticos, tanto aquellos que operan a nivel nacional como regional, para que sean remitidos a una bodega por aquello de “lo mucho que nos pueden llegar a servir”.

La tendencia a parlamentarizar el principio democrático — como dice usted— debe con razón de ser fortalecida a través de los controles a las comisiones por parte del Parlamento. El mismo Parlamento europeo exigió recientemente, junto con el Consejo, el derecho de revocar el mandato a los miembros de comisiones. Si bien este derecho aparecerá por escrito en el nuevo tratado constitucional, por ejemplo, el derecho del presidente de la comisión a despedir a los miembros de la misma, finalmente se pensó en la posibilidad de que el presidente de la Comisión presente ante el Parlamento europeo el voto de desconfianza, con el fin de asegurarse de recibir el respaldo de sus miembros parlamentarios.

El paso al principio de mayoría encierra efectivamente riesgos, por lo cual este paso sólo puede ser realizado sirviéndose de todos los instrumentos a disposición para la protección de las minorías. Lo que de ninguna manera anula la complejidad de sistematización y reflexión sobre los derechos fundamentales. Y hay que reconocer que el proceso de ratificación de la Carta sobre

Grupos Nacionales, esto es, la carta para la protección a minorías lingüísticas y regionales en Europa, ha sufrido un fuerte revés, toda vez que el *conseil constitutionnel* en París la ha catalogado de anticonstitucional. El argumento, de tipo nacional-étnico, utilizado fue que atenta contra la “indivisibilidad de la república”, que daña la unidad “lingüística de la nación”. Por suerte hay dentro de la Unión Europea, y en algunas Constituciones nacionales, magníficos ejemplos de protección a las minorías. En este aspecto, Hungría ha logrado componer uno de los textos constitucionales más hermosos: minorías como “factor de edificación nacional”. Y aquí también es necesario considerar a las minorías como fuerzas edificadoras de Europa, porque las sociedades multiculturales son enriquecedoras, y la práctica en los Balcanes, contrapuesta a esto, nos debe servir de advertencia. Suiza ha hecho grandes logros en el ámbito de la multiplicidad de lenguas, así como la Corte de Roma ha legislado de forma paradigmática a favor de las minorías ladinas. En mi opinión, cada legislación realizada dentro de la Comunidad Europea bajo el principio de mayoría es pertinente si y sólo si considera la protección a las minorías de una manera suficientemente diferenciada.

¿Cuál es el sitio que ocupa la teoría de las formas de gobierno dentro del proceso de formación de una teoría constitucional europea? ¿Es el parlamentarismo todavía la tradición dominante en los países de la Unión Europea? ¿Se pueden eludir los peligros de la comunidad reforzando los instrumentos democráticos como el plebiscito?

La teoría de las formas de gobierno debe ser revisada a la luz de una teoría constitucional. Los países de la Unión Europea conocen por suerte muchas formas ejemplares: la monarquía parlamentaria de España —la más fuerte dentro de toda Europa—, que asegura al rey un papel en la política; por otro lado, dentro de los estados constitucionales monárquicos aparece Suecia como el más débil, mientras Italia —en mi apreciación— dirige su mi-

rada permanentemente a la “fuerte democracia de canciller” alemana, y en Francia su presidencialismo es por todos conocido. Debemos persistir en esta pluralidad de formas de gobierno, sobre todo cuando cada una de ellas tienen algo que aprender de las otras.

Una palabra sobre el posible fortalecimiento de los instrumentos de democracia directa en la Unión Europea. La tesis dice que en el nivel de desarrollo en que se encuentran los Estados constitucionales nacionales son igualmente valiosas ambas variantes de democracia: la directa e indirecta. Suiza es el país que a la fecha ha logrado la “combinación” más exitosa, porque se practica la “medio-directa democracia”. También en las nuevas provincias federales alemanas se “arriesga más democracia”. Esto, por cierto, en concordancia con la pacífica revolución de octubre de 1989 que se abanderó con la divisa: “nosotros somos el pueblo”, y que finalmente en nuestra historia constitucional significó la reunificación.

En mi opinión, no ha madurado el tiempo para que en la Unión Europea (y a lo largo y ancho de Europa) existan peticiones, decisiones e iniciativas populares. Sin embargo, es imaginable convocar a elecciones para formar una segunda cámara que represente a las provincias y regiones. Actualmente cumplen esta función los distintos partidos políticos, que deben cumplir su tarea en consonancia con el artículo 191 de la Constitución de la Comunidad Europea, con el fin de servir de “factores de integración en la Unión”, para erigir una “conciencia europea” y para hacer oír “la voluntad de los ciudadanos de la unión”. Ya se pueden reconocer los preliminares de una democracia ciudadana europea, no obstante la desilusión que ocasionaron las elecciones europeas en 1999. Tal vez esto se debió a que fueron elecciones nacionales disimuladas, porque contuvieron temas nacionales y estuvieron dirigidas a la voluntad ciudadana en sus intereses nacionales. Tampoco tuvieron éxito los partidos en poner en primer plano los temas específicamente europeos. El resto lo realizó el raquítico porcentaje de partici-

pación electoral (43%). Antes que se experimenten con nuevos instrumentos de la democracia directa, deberían en primer lugar ser los ciudadanos mejor educados en su conciencia europea. No obstante, permiten las comisiones ciudadanas (artículo 195 de la Constitución de la Unión Europea) y el derecho a petición (artículo 21 de la Constitución de la Comunidad Europea) el desarrollo de una tendencia cada vez mayor a una democracia ciudadana. En mi opinión, son los partidos políticos en este momento los destinatarios de la exigencia a hacer cumplir con una mayor democracia (directa).

La evolución del orden estructural de la Unión Europea en dirección a un federalismo europeo exige del robustecimiento de las provincias y regiones en el proceso de integración europeo. ¿De cuántas maneras puede idearse la construcción de una “Europa de regiones”?

Es muy discutible si se llegará (o si se deba llegar) al “federalismo europeo”. El Tribunal Constitucional Federal alemán opera con la desafortunada fórmula “federación de Estados”. Aún es muy temprano para un Estado federal europeo. Lo que existe actualmente es una comunidad constitucional *sui generis*, que posiblemente algún día cristalice en una *res publica* europea completamente nueva. Tampoco el federalismo se inventó de un día para otro, y el Estado constitucional tiene tras de sí una larga historia. En resumidas cuentas: nos debemos proteger de determinarnos apresuradamente y petrificarnos en ciertas *definiciones* jurídicas; más bien hay que confiar en la historia constitucional europea que ha demostrado tener una amplia gama de posibilidades.

Esto fue una consideración preliminar para contestar de manera más precisa a su pregunta. El federalismo se justifica no sólo en Alemania en razón de la pluralidad cultural y la división vertical de poderes que previene el abuso del poder. El regionalismo es, de alguna manera, el *hermano pequeño* del federalismo y no sólo una especie de estado intermedio en dirección de aquél.

El regionalismo es un modelo independiente de organización, *inventado* en Italia para después ser calurosamente acogido en España, con sus 17 regiones autónomas desde 1978, y que recientemente ha echado raíces firmes en Europa —exactamente Gran Bretaña—, no obstante que en Portugal haya recibido un revés en el último referéndum. Aunque quizá sí sea una “etapa previa” al federalismo.

“Europa de las regiones” es una etiqueta creada por primera vez en München, en la Conferencia de 1978, y permanece como modelo de desarrollo por muchas razones; entre ellas, porque hace justicia a la pluralidad cultural europea. No todos los Estados nacionales desean una división federal, como por ejemplo Francia. Aunque, desde el punto de vista cultural, todos estén divididos en regiones. Uno puede tomar como ejemplo Italia con sus abigarradas imágenes ciudadanas y sus exuberantes paisajes culturales, o la libertad alemana, que es hasta la médula libertad federalista, porque para nosotros una unidad estatal significaría el final del eficaz “federalismo cultural”. Tal vez en un futuro próximo cuenten todos los Estados con un “regionalismo cultural”. Recientemente Bélgica logró dar el salto hacia el federalismo, y Austria es ya un Estado federal unido.

La Europa de la Unión Europea ha avanzado recientemente en el camino hacia la Europa de las regiones. La Comisión para el Consejo de las Regiones (artículos 263-265 de la Constitución de la Comunidad Europea) puede significar el principio. En mi opinión, se puede avanzar aun más en esta dirección, erigiendo por votación una segunda cámara con el derecho a presentar iniciativas de ley y derecho a veto ante el Tribunal de la unidad europea. Ese sería un camino para construir “directamente” una Europa de provincias o regiones constitucionales. En este proceso cobra la ciencia relevancia al desarrollar una teoría del regionalismo comparado, una teoría de *Regionalismus-Papers* europeos (análogamente al clásico *Federalist-Papers* de los principios de los Estados Unidos de Norteamérica). De esta manera, se debería poder comparar contenido y funciones de los estatutos regiona-

les, o estatutos autónomos, desde Sicilia hasta Cataluña y desde Irlanda del Norte hasta Andalucía. Yo he hablado al respecto extensamente en 1997, en el Palacio de Normannen en Palermo, con motivo del jubileo de los cincuenta años del estatuto de Sicilia (1997).

¿Qué papel, qué tareas, qué responsabilidades corresponden a los juristas frente a la perspectiva de la elaboración de un derecho constitucional de la Comunidad Europea y de una teoría constitucional europea?

Le estoy especialmente agradecido por la pregunta acerca de los juristas europeos, como por todas las preguntas que son mejores que mis respuestas, así como su traducción será mejor que mis textos. Para llevar adelante el proyecto de una teoría constitucional europea, es necesario contar con muchos juristas. Para constitucionalizar Europa parte por parte es necesario contar con muchos ciudadanos europeos. *¿Qué caracteriza al jurista europeo?* Él tendrá que hacer suya la idea de Goethe, quien decía: aquel que no conoce una lengua extranjera, no conoce la propia. Esto es, quien no conoce ningún orden jurídico “extranjero” (europeo), no conoce el propio. El *jurista europeo* deberá conocer además de su propio orden jurídico nacional, por lo menos, otro más, tanto en su lengua vernácula como en su propia teoría. Él debe estudiar a fondo los principios del “derecho constitucional de la Comunidad Europea”, por ejemplo, de los principios universales y fundamentales del derecho, y no sólo dominar los derechos fundamentales. Lo mejor sería que él se identificara, por lo menos, con una nación más, con todas las expresiones culturales de esa otra nación (yo les digo siempre a mis estudiantes: Suiza es mi “primer amor”, Italia mi “amor eterno”, España mi “amor tardío”). El *jurista europeo* debe ser un experto en cultura, en el plano público europeo, y él debe colaborar directa o indirectamente en la política, también dentro del plano público europeo. Para estos *juristas europeos* deben ser creados nuevos tipos de formación

profesional, como por ejemplo: contenidos mínimos para una formación como *jurista europeo*, que comprenda el derecho europeo entendido en sentido amplio; para ello será necesario transmitirles la teoría fundamental del derecho de la Comunidad Europea, así como trabajar en una metodología común en toda la Comunidad. El derecho civil europeo nos lleva una ventaja en este aspecto. Ante todo es necesario crear algunos foros:

- Un “día del jurista europeo” a celebrarse periódicamente, como el que se está planeando para el 2001 en Nürnberg;
- un simposio sobre derecho estatal europeo;
- la edificación de colegios de graduados europeos;
- revistas de profesionales en jurisprudencia que se apliquen especialmente a la dimensión europea;
- plazas para investigadores de derecho constitucional, como las que hay en Alemania (Berlín, Trier y Bayreuth);
- academias europeas de derecho (como por ejemplo en Bozen) que sirvan también para seguir ampliando los estudios de los jueces europeos.

Se desea que la *finalidad* de la Unidad Europea sea permanecer abierta, se desea que la última *teleología* de Europa nunca llegue a ser reconocida, se desea dejar indeterminada la *secuencia escalonada* para mejorar la “cada vez más evolucionada unidad de los pueblos de Europa” (compare el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución de la Unidad Europea). La educación y especialización de los *juristas europeos* se encuentra actualmente al orden del día, de la misma forma como Bolonia lo llegó a conocer alguna vez. El jurista europeo deberá ser una figura ejemplar desde Roma hasta Estrasburgo, desde Karlsruhe a Londres, y próximamente también Varsovia, Praga y Budapest.

Roma, 1999.

ENTREVISTA DE H. KURIKI*

Friedrich Nietzsche dice que es posible describir a una persona contando tres anécdotas sobre ella, ¿puede usted contarnos tres anécdotas sobre la Constitución federal alemana (CFA)?

Me convence repetir el ejercicio de Nietzsche con respecto a las “anécdotas” sobre la Constitución federal alemana. En ella actúan dos veces ocho hombres infalibles.

Espontáneamente se me ocurren únicamente dos anécdotas:

- a) Sólo dos instituciones sobreviven en la historia escrita de Alemania, a saber: el Estado mayor prusiano y la Constitución federal alemana (M. Druon).
- b) Las correspondientes y esperadas decisiones asemejan un juego de lotería, o a un juego con más de un balón, o a una danza de espadas.

Por lo demás, hoy se remite al tomo de la Constitución federal alemana en caricatura.

¿Por qué razones, según su opinión, se han desarrollado de manera tan positiva las cortes constitucionales (jurisdicción constitucional) en Alemania y Austria?

* Entrevista para la *Revista de la Sociedad de Investigación Japonesa sobre Derecho Constitucional Alemán*, 2002. La entrevista fue realizada en septiembre de 2000 en Bayereuth. Compendio sobre la actividad de la sociedad de investigación japonesa sobre derecho constitucional alemán, en *JöR* 50 (2002), pp. 599 y ss., trad. de Guillermo J. Mañón Garibay.

Cuando se pregunta por las cortes constitucionales en Alemania, debe pensarse en las 15 cortes constitucionales que hay en las provincias (frente a todas es de momento particularmente fructífero el trabajo de la Corte Constitucional de Baviera en München, incluso antes de la Constitución federal alemana; ahora se desarrollan las cortes constitucionales en las nuevas provincias alemanas). Sobre las razones del éxito del desarrollo de la Constitución hay que mencionar, primeramente, las enormes figuras de los jueces de los primeros tiempos (como E. Friesenhahn, G. Leibholz, W. Geiger) que se ocuparon del cambio en materia de derecho fundamental, Estado de derecho y federalismo que hasta el día de hoy gozan de validez, en parte también gracias a los clásicos de Weimar, como R. Smend, G. Radbruch y H. Heller. Además de la alta calidad objetiva de los veredictos, se encuentra una razón más a favor de la acreditación de las cortes constitucionales federales, a saber: la tendencia de los alemanes a apelar a los jueces. La Constitución federal alemana se ha colocado inteligentemente en el sistema de la vertical división de poderes y erigido en protectora del federalismo alemán, si bien en una democracia plural todos los ciudadanos son al fin y al cabo protectores dentro de la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” (1975). Finalmente, ha establecido exitosamente en la Constitución federal alemana un inteligente juego de intercambios entre *judicial activism* y *judicial restraint*. Debido a las críticas de la comunidad (científica) se ha reaccionado de manera sensible a mediano plazo. El Instituto para el Voto Extraordinario, creado en 1970 (§30 Constitución federal fundamental alemana), representó una *válvula de escape* que reforzaba la Constitución como un *proceso abierto* (1969) que permitía innovaciones que no rara vez ganaba la mayoría de los senadores (un ejemplo de esto lo proporciona el trabajo de la señora Rupp von Brünneck en la dilucidación del artículo 14 de la Ley Fundamental). También en el fase de transformación de la reunificación alemana se ha acreditado la Constitución federal alemana, gracias a la pluma del gran jurisprudente E. G. Mahrenholz, el cual procede del semina-

rio de Smend en Göttinger como, por cierto, también es el caso del enorme juez K. Hesse.

Una palabra sobre Austria. Un padre de su corte constitucional es H. Kelsen, eso debe tomarse en cuenta en cualquier crítica que se haga de su método (el positivismo). Aparte de eso, en los últimos años ha prevalecido también en Austria la orientación al pensamiento constitucional. Como aquí la EMRK tiene valor constitucional, proceden por el lado de la judicatura del EGMR buenas influencias, ocultas también en el derecho comparado, el cual es designado desde 1989 como quinto método de interpretación. Entre más *arruinado* está la BV austriaca de 1920, más aumentan las tareas del tribunal constitucional vienés.

Una pregunta fundamental: ¿cuáles ideas y concepciones fundamentales sostienen la Constitución federal alemana?

Sería una osadía pretender siquiera ofrecer un esbozo de respuesta a esa pregunta; así de compleja es la red de ideas y concepciones de la Constitución federal alemana. Entre las principales corrientes de pensamiento que pueden ser señaladas están la de muchos partidos políticos (liberalismo, socialdemocracia, pensamiento cristiano), aunque también la influencia de grandes filósofos (por ejemplo, Popper en el tomo quinto del juicio de la KPD). La Constitución federal alemana hace lo correcto al no abreviar en una *gran teoría* en bien de permanecer una *Constitución del pluralismo*. Por otro lado, es inconfundible encontrar el apuntalamiento en las ideas de determinados maestro del Estado de derecho (esta vez sin citar a uno sólo). Primeramente, son dignos de mencionar los *métodos de interpretación* que se practican según *los principios de interpretación* en el sentido expuesto por el gran H. Ehmke (1961) —que usted, señor Kuriki, conoce bien desde sus años de estudiante en Freiburg. Y el señor Tonami conoce bien las aportaciones del señor Lerche—. El juego conjunto de los cuatro métodos clásicos de interpretación es claro para cualquiera, tal vez dirigidos en última instancia por

el control de la justicia. Pero en el trasfondo operan principios como “unidad de la Constitución”, “división del trabajo en la función jurídica” entre la Constitución federal y los legisladores democráticos, “concordancia práctica” (K. Hesse), con el tiempo también “apertura hacia Europa”.

El gran éxito, considerado así por todo el mundo, lo ha alcanzado la Constitución federal alemana (en diálogo con la ciencia) en el desarrollo de la dogmática jurídica fundamental en temas como Estado de derecho, también Estado de derecho social (en formulación de H. Heller), en tema sobre el federalismo (compare el éxito de Smend “fidelidad federal” hasta en los Estados regionales como Italia y España). El principio democrático, antes bien modelo para la Ley Fundamental, no ha sido concebido a partir del modelo suizo de democracia parcialmente directa y está presente en la Constitución federal como en las judicaturas del trabajo público del gobierno alemán federal o en la interpretación de la libertad de opinión, prensa y reunión (decisión de Brokdorf). La protección a la privacidad no fue tomada en serio sino hasta el juicio sobre el censo poblacional, la libertad de coalición (política) es desde entonces permanentemente puesta de relieve (por ejemplo en el tomo 50). A esas ideas pertenece ciertamente la noción de protección a la Ley Fundamental a través de procesos (mi propuesta de 1971: *status activus procesualis*), como fue el caso en la decisión de Mühlheim-Kärlich, donde adquirió su forma definitiva. El muy alemán “derecho estatal de la iglesia” (en mi opinión sería mejor llamarlo “derecho constitucional de las religiones”) ha recibido su contorno definitivo en la judicatura de la Constitución federal alemana: referencia a temas como: “neutralidad del Estado ante la visión confesional” en sentido por Herb Krüger, así como igualdad como paridad material, carácter público de la iglesia, etcétera.

En mi opinión, la Constitución federal alemana se ha desarrollado a la par de las *grandes ideas* del Estado constitucional, dentro de las cuales pertenece el precepto sobre la igualdad y la exigencia por un “efectiva protección de derecho” (artículo 19, párrafo

cuarto de la Ley Fundamental). La protección al medio ambiente pertenece recientemente también a esto que me estoy refiriendo (comparar el artículo 20a de la Ley Fundamental). Algunos tambaleos e inseguridades se muestran en la judicatura del derecho de los partidos: se perciben carencias en las desventajas de los llamados “partidos municipales”. Por lo demás, análisis más detallados pueden responder con mayor precisión a su pregunta.

Algo así como a mediados de los años noventa fueron criticadas las decisiones de la Constitución federal alemana no sólo por políticos y los medios, sino también por científicos. Pienso en decisiones como “los soldados son asesinos”, o la decisión sobre los bloqueos, o la decisión contra los crucifijos (en los salones de clase). ¿Son en su opinión esas críticas acertadas? Permítame un complemento a la pregunta: la presidenta de la Constitución federal alemana, la señora Limbach, rechazó el problema: “¿debemos confiar en la demoscopia?”. Sin embargo, con el uso de la fórmula judicial “en nombre del pueblo” no se dice otra cosa que en un Estado democrático cada decisión se deriva de la soberanía popular. ¿Puede o debe ser entendida esa legitimación democrática como demoscopia?

Hacia mediados de los años noventa criticaron en efecto no sólo los medios, sino también algunos colegas, fuertemente a la Constitución federal alemana —no siempre completamente libres de simpatía por algún partidismo político—. Yo personalmente veo inconvenientes sobre todo contra la decisión respecto a los crucifijos, porque se enfatiza negativamente la libertad de culto religioso que dentro del contexto cultural (no sólo en Baviera) deja mucho que desear. Es de reconocerse claramente que la Constitución federal toma muy en serio a las críticas serias. De esta forma, por ejemplo, se revocaron las exageraciones con respecto al juicio sobre censo poblacional. De la misma manera se ha ganado recientemente más espacio para la jurisdicción constitucional de las provincias. Actualmente las hablillas sobre

la “crisis” son en cualquier caso injustas. En la representación exterior de la Constitución federal ha mostrado en esto la señora presidenta Limbach mucha sensibilidad y quitado de la línea de fuego al tema de la Constitución federal. Hoy día podemos nombrar como especialmente discutible la judicatura sobre la cuestión de la “bipartición del principio fundamental” —aquí pende la amenaza de que la Constitución federal olvide las fronteras de sus funciones—; claro está que en este caso se puede afirmar su *judicial activism* debido a que el legislador, por ejemplo, el Parlamento federal, ha fracasado durante decenas de años en llevar a cabo una reforma hacendaria.

En mi opinión, debería la Constitución federal practicar a largo plazo la autocrítica en temas como las relaciones con la Corte Europea. Con otras palabras, el juicio de Maastrich merece la crítica, aunque en el extranjero no se entienda, como he observado cuando he sido invitado a ocupar una cátedra, como en el caso de Italia o España.

La exigencia de la señora Limbach de no confiar en la “demoscopia” vale tanto para la Constitución federal como también para el Parlamento. La fórmula “en nombre del pueblo”, empleada en los juicios, expresa plásticamente la corresponsabilidad en la que se encuentra y trabaja la Constitución federal —posibilitado a través del nombramiento de los jueces mediante elección, así como indirectamente por su conexión pública—.

La así llamada “Comisión Beda” ha presentado un informe con recomendaciones que libera de responsabilidad a la Constitución federal alemana. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Será posible en el futuro que los jueces del fuero federal constitucional acepten quejas según su propio arbitrio? ¿Tiene usted una propuesta para el Tribunal Superior alemán?

Refiriéndome a la cuestión sobre la descarga de responsabilidad de la Constitución federal, la “Comisión Beda” ha propuesto en 1997 un proceso libre de aceptación de quejas constitucio-

nales, siguiendo el ejemplo de la Supreme Court de los Estados Unidos de Norte América. En mi opinión, esto debe ser completamente rechazado. Exactamente gracias a las quejas constitucionales es que se encuentra la Constitución federal alemana *dirigida par excellence al ciudadano*, colaborando como tribunal social de tipo especial en la formación de los consensos fundamentales de la Constitución, como lo formulé yo mismo en mi libro de 1979. La gran aceptación de la Constitución federal alemana en la conciencia de los ciudadanos descansa ante todo en las quejas constitucionales. Gran guía de decisiones, como es el caso del veredicto que hizo época sobre el *caso Lüht* (E 7, 198), que encaminó algunas quejas constitucionales. Es la *joya* del collar de perlas dentro del ámbito de competencias de la Constitución federal alemana. ¡El actual proceso de aceptación no es suficiente!

Antes bien debería pensarse en la abolición del llamado control abstracto de normas. Éste domina por mucho en la formación de la voluntad política, así como de los procesos de decisión. Su derogación podría en parte liberar de responsabilidad a la Constitución federal. Por lo demás, sería de tomar en consideración la multiplicación del número de jueces constitucionales federales (nueve por el Senado). La creación de un *tercer senado* fracasaría permanentemente ante la ideología profesional del juez, así como también podría, por añadidura, poner en peligro la generalmente no preservada uniformidad en la administración de justicia (compárese el problema “el niño como perjuicio”).

A manera de pronóstico: ¿qué tarea debe cumplir la Constitución federal en el siglo XXI?

Incluso la misma Constitución federal carece del don profético en sus propios asuntos, como tampoco disponen sus estudiosos, comentaristas, reseñadores o “posglosadores” de esa capacidad. Pero a manera de pie de página hago la siguiente acotación: la Constitución federal alemana tiene que trabajar también en el

siglo XXI en la conservación de la paz, en que el contrato social *progrese*, en la continua construcción de los derechos fundamentales de los hombres y en asegurar el desarrollo de las tareas del Estado orientadas a promover la justicia y el bienestar común. Pero ante todo, debe tener claro que irá perdiendo en forma significativa su propia competencia y función como tribunal constitucional nacional dentro de la tendencia general de europización; y esto vale también para Luxemburgo y Estrasburgo (Tribunal Europeo, por ejemplo, EGMR).

Junto con la pérdida de la soberanía nacional de los europeos se presenta en el orden del día la acelerada internacionalización (globalización). La fórmula de “cooperación de Estados constitucionales” (1978) busca hacer justicia a esta cuestión. La solución de los problemas planteados por las nuevas formas de información tecnológica inquieta a la Constitución federal alemana; sean igualmente mencionados los sutiles instrumentos de las judicaturas constitucionales para el cuidado efectivo del medio ambiente (algo sobre ponderación o “judicatura para el bienestar común”).

Le pido, por favor, su opinión sobre el proceso de elección de los jueces constitucionales federales en Alemania. Es tan complicado este proceso que puede uno preguntarse si cada juez recibe la legitimación democrática necesaria. ¿Qué opinión tiene usted acerca de llevar a cabo reformas introduciendo los Hearings públicos o candidatos a jueces como es el caso del modelo norteamericano? ¿Qué cualidades o preparación debe tener un candidato para ser elegido como juez constitucional? Permítame, además, una comparación con Japón: el OGH japonesa consta de 15 jueces, de ellos sólo uno es teórico del derecho que, por cierto, no tiene por especialidad el derecho constitucional. Se afirma que esa composición de jueces posibilita la moderación y pasividad de la OGH japonesa en caso de control interior respecto a la fidelidad constitucionalidad de los actos más graves. Su opinión al respecto me interesa de manera suma.

El proceso de elección de los jueces, practicado en este momento en Karlsruhe me parece digno de sospecha, no obstante que los resultados desde hace 50 años hayan sido tan positivos. La razón es que los partidos se comportan como los señores de las sillas de los jueces, y, además, como es necesario lograr la mayoría con sus dos tercios tienen que ponerse de acuerdo los grandes partidos. Por lo mismo, personalidades de los pequeños partidos, o que no realizan servicio alguno a los grandes partidos, han perdido toda oportunidad. Así es como falta al partido *verde* un vínculo con los jueces de la Corte Constitucional, no obstante que su importancia a nivel federal es mucho mayor que el FDP (liberales) que dispone de su lugar para *limpiarse los zapatos* gracias a sus coaliciones con los grandes partidos (CDU y SPD). Rara vez obtiene algún lugar en la Corte Constitucional Federal alemana personalidades que no pertenecen a partido alguno. Mi profesor K. Hesse fue un caso excepcional en 1975.

De la misma manera, recibe el juez constitucional, mediante su elección por el Parlamento federal o estatal, la legitimación democrática suficiente. La “cadena de legitimación”, que enlaza al pueblo con los órganos estatales, fue precisamente concebida por U. Schneuer para garantizar esta legitimidad.

En el coloquio celebrado en Friesenhahn en 1972 exigí que se orientaran para la elección de los jueces en el modelo norteamericano de la Supreme Court —E. Friesenhahn argumentó de manera similar a la mía—. La Constitución de Brandemburgo (1992) exige en el artículo 112 una entrevista por la comisión municipal. Yo tuve la experiencia en los Estados Unidos de Norteamérica de ver como casi toda la opinión pública sigue de cerca las preguntas sobre la *philosophy of law* que le hacen a los candidatos del Senado. Yo mismo, en mis trabajos sobre derecho comparado, he dirigido siempre la atención a Italia, donde el presidente del Estado nombra a un tercio de los jueces. De esta manera, excelentes científicos son convertidos en jueces, como A. Baldassarre o G. Zagrebelsky, también, debido al *annus mirabilis*, algunos reformadores de Europa oriental adoptaron ese modelo.

La pregunta sobre la calificación para juez constitucional se puede responder con el derecho comparado. Podemos mencionar las precisas normas desarrolladas en las cinco nuevas provincias alemanas: en mi opinión, es recomendable una combinación de jueces de profesión con otros miembros capaces de ocupar el puesto (que tuvieran la capacidad de un profesor de una escuela superior de derecho) y personas experimentadas de la vida pública (por ejemplo: miembros del Parlamento). Se prohibiría la reelección, aun cuando se permitan votos especiales. El periodo de servicio podría abarcar de nueve (España) a doce años. Mi idea se puede expresar también de la siguiente manera: representantes podrán ser no sólo los juristas, o aquellos que pueden interpretar la ley por ser jueces o abogados, sino también todo aquel que haya trabajado en el *desarrollo* de las leyes: como son los miembros del Parlamento. Es necesario prever una edad mínima (de 40 años, por ejemplo) y una máxima de 70 (y no como en los Estados Unidos de Norteamérica que es vitalicio). Aunque en este aspecto debería de tomarse en cuenta la cultura de cada país. Dentro del contexto de discusión sobre “una doctrina constitucional que funja como ciencia de la cultura” es de tomar en cuenta, por ejemplo, que en un país como Japón se valora la experiencia de los ancianos que en la veloz Europa.

Con respecto a la OGH japonesa: ciertamente una parte de los 15 jueces deberían ser maestros de derecho. Con esto no me refiero a expertos en derecho constitucional, no obstante que todo ámbito del derecho se encuentre bajo el techo de la Constitución debido a la “primacía de la Constitución”. El que se permita participar a otros especialistas del derecho en la Corte Constitucional debe entenderse como un enriquecimiento de sus miembros. Este es el caso de Alemania, donde los especialistas del derecho privado están representados por la señora Limbach, y los especialista en derecho penal por Hassemer. Todos ellos contribuyen con la experiencia de sus respectivos ámbitos (por ejemplo, la añeja sabiduría del derecho privado que en Alemania abreva del derecho romano). Por lo demás, para una óptima combinación

de las diferentes especialidades sería deseable indicar la especialidad de cada juez constitucional. Que hoy día sólo un miembro de la OGH japonesa sea un maestro del derecho, deja al descubierto la razón por la cual existe esa *pasividad* en el control del contenido de los actos estatales con respecto a la fidelidad constitucional. La autonomía de la jurisprudencia con respecto a los poderes del Estado, su creatividad según su respectivo ámbito de acción, la convierte en una compañera que ejerce la crítica frente a todas las manifestaciones del Estado. Los maestros del derecho tienen la tarea, institucionalmente asegurada por la libertad de la ciencia (R. Smend habla sobre el “derecho fundamental de las universidades alemanas”), de reflexionar científicamente sobre el derecho vigente y no simplemente de repetirlo. Los maestros del derecho deben estar en condición de controlar los poderes del Estado refiriendo cada uno a los distintos apartados de la Constitución mediante el uso de sus instrumentos y artes reglamentarias y sin sacar provecho personal de ello.

Ahora pasemos al complejo de “temas de jurisdicción constitucional entre política y derecho”.

Antes de su pregunta una pequeña anotación. En 1980 publiqué un pequeño libro que llamé *Jurisdicción constitucional entre política y derecho*. Desde el título mismo del libro se manifiesta la importancia de la ciencia jurídica —ciencia como un eterno proceso de búsqueda de la verdad (W. von Humboldt)— y, en el caso de la ciencia jurídica, “eterna lucha por la justicia”.

Se afirma que la jurisdicción constitucional lleva no sólo a una politización de la justicia, sino, además, a una juridización de la política. ¿Cuál es su opinión sobre esta tesis?

Es un tema clásico y añejo sobre jurisdicción constitucional discutir la politización del derecho y la *juridización* de la política, que en tiempos de la República de Weimar ocupó el centro de con-

troversias. Pero en un Estado constitucional, que cuenta con el desarrollo actual como el de la Constitución federal alemana, no dice gran cosa: a lo sumo una advertencia por un gran *judicial activism*.

Especialmente en Alemania no tiene sentido contraponer lo político a lo jurídico gracias a la forma en que se ha establecido la relación entre la Constitución federal alemana y las cortes constitucionales de los municipios, que es hasta donde se extiende su jurisdiccionalidad. Esto ha determinado incluso la forma de crear los distintos grupos utilizando los principios y métodos mencionados para la correcta interpretación de la Constitución. Ciertamente, no deja de ser difícil definir el contorno de lo político; no obstante, la fórmula de H. Triepel, derecho constitucional es “derecho político”, muestra claramente que también la Constitución federal alemana dispone de una participación limitada dentro de la dirigencia política (K. Hesse).

¿Qué papel debe jugar la Constitución federal alemana en el proceso formador de la conciencia del Estado?

Con esto se alude ya a la próxima respuesta. La Constitución federal no se encuentra más allá de la formación de la “conciencia del Estado”. Por el contrario, sirve de tribunal y órgano constitucional (en el sentido de Leibholz) en ese proceso público, con lo cual impulsa incluso “la orientación política”, en el sentido en que otorga una ventaja al legislador (“función de manzana”). Desde luego, debe quedar claro que una jurisdiccionalidad tan amplia, como lo es la alemana en Karlsruhe, detenta la “prerrogativa de evaluación” en determinados ámbitos de la legislación, no obstante el pertenecer a la estructura de la división de poderes y de reconocer el Poder Legislativo y el Ejecutivo como independientes uno con respecto al otro —sobre sus distintas funciones que les corresponden de derecho se dirá algo más adelante—. Además de esto, me permito remitir a mi antiguo interés en “trabajar para lograr consensos fundamentales” como la misión principalísima de la sociedad.

¿En su opinión se avienen adecuadamente la Constitución federal alemana con los otros órganos constitucionales?

En lo fundamental se avienen bastante bien la Constitución federal alemana con los otros órganos constitucionales. En la mayoría de los casos, el Legislativo sigue los pasos de las decisiones tomadas por la Constitución federal, debido a ello el primero no desaprovecha los tiempos para la revisión de leyes o rara vez lo hace (como fue el caso de la Ley sobre Igualdad de Derechos entre Hombre y Mujer en los años cincuenta). Especialmente digno de mención es el *tercer poder*, si bien en sí mismo no es *órgano constitucional* alguno. También se puede mencionar que no rara vez se anticipa a la Constitución federal una decisión de la Corte Federal, como ocurre, y con razón, en el ámbito del derecho privado; por ejemplo, el asunto de las fianzas a propósito de ser afectados los derechos fundamentales de terceros. Repetidas veces tiene que ceder Karlsruhe en Berlín ante el Tribunal Administrativo Federal (por última vez en septiembre de 2000 cuando se amplió la interpretación del derecho de asilo a favor de víctimas de guerra civil).

Alguna que otra vez hay controversias con los tribunales federales de los municipios, a los cuales la Constitución federal delega cada vez más facultades (16 provincias alemanas disfrutan de autonomía constitucional). En general, sea mencionada la necesidad de contar con un voto para la buena cooperación, sea de la política, es decir del Parlamento, que delega su responsabilidad en la Constitución federal (“la política se oculta gustosamente detrás de la Constitución federal alemana”, cita original de la señora Limbach).

¿Puedo pedir su opinión acerca del aporte de la Constitución federal alemana en materia de teoría constitucional hasta el día de hoy? ¿Qué decisiones juegan un papel relevante en su opinión?

En mi opinión, la Constitución alemana no ha hecho ninguna aportación de consideración a la teoría constitucional, o desarrollado alguna reflexión teórica para fundamentar sus decisiones. Eso está bien, porque se trata de lograr una integración pragmática de elementos teóricos y no de producir una nueva teoría —eso contradiría la tesis de que la Constitución federal alemana es “representativa” de toda expresión política, dentro del marco constitucional del pluralismo—, también para ello está el voto especial.

Casi como una ratificación debe entenderse el que la Constitución federal, en el tomo 20, se haya deseado abruptamente de su teoría política de Estado, G. Leibholz. Ésta era demasiado amplia, hasta ambiciosa, como para conservarla a *todo precio*. El campo en donde primeramente se aplicó la *teoría constitucional* es en el de los derechos fundamentales. Aquí se encuentran elementos de reflexión sobre valores, entre los que reconocemos los de G. Dürig, como también concepciones de derecho natural. Podemos alegrarnos ante todo por el hecho de que la Constitución alemana no se haya inclinado a favor de alguna teoría constitucional (correcta), sino que ha trabajado con las puertas abiertas a nuevos desarrollos teóricos, liberándose con esto de una *mentalidad encajonada*. Esto se muestra en la multiplicidad de dimensiones del caso, en donde se eliminan algunos derechos fundamentales (como el de defensa propia, visión institucional objetiva, “normas fundamentales para la definición de valores”): así el artículo 60. —matrimonio y familia— desde el tomo sexto. Esta comprensión multifacética de los derechos fundamentales, comenzando con el llamado “doble carácter”, será más tarde complementada con el aspecto procesal, y continuar con la doctrina sobre el deber de protección en el caso alemán del aborto (tomo 39). Un logro especial los constituye —también sobre la base de la teoría constitucional— la exposición del juicio sobre la autodeterminación en el tomo 50 (informe del denunciante por K. Hesse), que estuvo dirigido por la idea de igualdad, paz y cooperación.

Otro campo más para las reflexiones de teoría constitucional lo constituye el tema del federalismo. En este aspecto de la Constitución federal lleva la voz cantante R. Smend con su teoría sobre el Estado federal dentro del marco constitucional —desde la primera sentencia dictada con relación al tema de la televisión en el tomo 12 (bajo el rubro “fidelidad con la Federación”)—, como también todas las otras sentencias dictadas sobre el mismo tema, influenciadas por las ideas de la Ley Fundamental (llamada “Constitución de la libertad”), y que se relacionaban con las diferencias entre *pluralismo interno y externo*. De mencionar es también la judicatura de la imagen humana (por ejemplo en el tomo 12, p. 45 [§ 50]) con todas sus implicaciones como el respeto de la dignidad humana o la obligación de la persona frente a la sociedad, etcétera. La judicatura de la dignidad humana, siempre mejorada gracias a la experiencia de los distintos casos de formación de grupos, es no sólo la columna vertebral del entendimiento del derecho fundamental, sino, sobre todo, de la teoría constitucional, así como de la del Estado. La condición *sine qua non* de la democracia (“tolerancia”, “inviolabilidad de los valores fundamentales”, comparar: E 5, 85 [139]), la máxima sobre la “orden público” (p. 200) son parte de este mismo interés teórico de la misma forma como lo es la división de poderes (por ejemplo: e 3, 225 [227]). Todo esto es contemplado dentro de la totalidad constitucional, cuya idea global se origina en los clásicos de la República de Weimar, sobre cuyos *hombros* descansa a manera de gigante la misma Constitución federal.

La Constitución federal alemana posee muchos procesos dignos de mencionar, ¿qué proceso tiene usted por el más importante? Respóndame desde la perspectiva del derecho comparado.

Con respecto a esa pregunta es necesario adoptar una doble perspectiva dentro del derecho comparado. La comparación de Constituciones en el tiempo (historia de las Constituciones) y en el espacio (equiparación) —mi idea de 1982 a propósito de

esto: comparar Constituciones equivale a una comparación de culturas. No existe el mejor modelo en términos absolutos. Todo depende de las condiciones concretas en las que se da una cultura constitucional determinada en un pueblo determinado, en relación con el cual se desarrollan ciertas regulaciones de organización y procedimiento—. Dentro de los procesos más importantes se encuentran en mi opinión los siguientes: 1) el proceso de desacuerdos constitucionales derivado del principio de subsidiaridad; 2) el proceso de control concreto de normas concentrado en la Constitución federal en los Estados constitucionales con estructura federal o regional con el fin de garantizar la división vertical de poderes; 3) los procesos sobre litigios del Estado federal o de los Estados regionales; 4) los procesos librados por los llamados órganos de litigio, así como algunos otros procesos sobre competencia jurídica constitucional como las denuncias hechas por los jueces y la supervisión de procesos electorales, o también la denuncia presidencial. La competencia de la Constitución federal es especialmente amplia en derecho comparado, lo que tiene también un fundamento muy alemán. En principio, han probado su eficacia, por lo menos en Alemania, todas las competencias constitucionales. La función ejemplar de la Constitución federal alemana ha influenciado también las reformas de algunos países de Europa oriental.

¿Por qué, en su opinión, fue posible después de la Segunda Guerra Mundial acuñar la jurisdiccionalidad constitucional en todo el mundo?

La comparación de la jurisdiccionalidad es decididamente un gran logro a su favor. Después de la Segunda Guerra Mundial se estableció como una especie de defensa contra el Estado totalitario nacional socialista, o formas parecidas del mismo (fascismo en Italia, franquismo en España, el régimen autoritario en Portugal). La segunda etapa de su desarrollo comienza a partir de 1989; esta vez en los Estados reformados poscomunistas. Enun-

ciados fundamentales que expresan el espíritu de la jurisdiccionalidad, como por ejemplo la primacía de la Constitución, la división de poderes, la unidad de la ley y del derecho, la imparcialidad partidista de los jueces o la protección del derecho, han llegado definitivamente a imponerse, incluso en Rusia dentro del espíritu de su Constitución. Ese impulso a favor de la jurisdiccionalidad aparece ahora y siempre como elemento paradigmático (aunque no indispensable) del Estado constitucional (contraejemplo: Inglaterra). Ciertamente, en los principios de su historia juega un papel primordial el desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica (1803) de la prueba judicial del derecho.

Con respecto a la jurisdiccionalidad se puede distinguir entre el modelo de los Estados Unidos de Norteamérica (Supreme Court) y el modelo de la Constitución federal alemana. Allí reside la jurisdiccionalidad en los tribunales ordinarios, aquí en un tribunal constitucional especial. ¿Qué ventajas y desventajas hay en ambos modelos?

En efecto, es posible distinguir entre el modelo norteamericano y el alemán (esto es, entre la autonomía de los modelos de jurisdiccionalidad constitucional). La ventaja del modelo norteamericano (Supreme Court) reside en la identidad existente entre el punto más sobresaliente de la jurisdiccionalidad ordinaria y la función jurisdiccional de la Constitución misma. La ventaja de la autonomía de la jurisdiccionalidad constitucional reside en que el tribunal, en tanto órgano constitucional, se concentra exclusivamente en la cuestión sobre jurisdicción constitucional. La desventaja es que la Constitución federal alemana y la literatura especializada se refieren a los tribunales ordinarios como si se tratara de “tribunales especializados”. Esto es en mi opinión un indebido menosprecio de sus funciones, porque, tomando el sentido material, todos los tribunales son tribunales constitucionales. Todos están de la misma manera vinculados con la Constitución. El derecho privado no es, por lo demás, una simple *asignatura*.

Yo mismo me intereso por la Supreme Court de los Estados Unidos de Norteamérica en cuanto a su contenido. Su fundamento democrático (*the Supreme Court follows the elections*), su arraigamiento en la conciencia ciudadana, su enorme autoridad y su recíproco juego de la judicatura entre *judicial activism* y el *restraint* me fascinan tanto como la realización de la igualdad racial en Alemania o la *Flag burning cases* o la *preferred freedom doctrine*. Los norteamericanos se obsejaron, y a nosotros, no sólo los *federalist papers* (1787), sino también la incidiosa jurisdicción constitucional. Otros puntos de importancia más de la *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica son aquellos que se refieren a su función como asamblea permanente, por ejemplo, su función de legislador constitucional *material* —también la Constitución federal alemana brinda una tarea legislativa, como por ejemplo, la sentencia dictada en el caso de la televisión—.

Atendiendo a la competencia, tipos de proceso y la elección de los jueces, hay muchas diferencias entre cada uno de los países, por ejemplo, entre Italia, España o Corea todas ellas poseen un Tribunal de Justicia constitucional particular. ¿Cuáles son las razones para esas diferencias? ¿A qué país se ha aplicado usted más intensamente en sus trabajos científicos?

Atendiendo a la competencia, clases de procesos y elección de jueces hay en efecto muchas diferencias entre los distintos países. Esto tiene su razón de ser en la historia de las culturas de sus pueblos (gran respeto de cada uno de los jueces en los Estados Unidos de Norteamérica), en las *heridas* y experiencias (por ejemplo con Estados totalitarios: España), en el proceso de recepción que han efectuado personas concretas y comunidades científicas nacionales (“medios de recepción”, por ejemplo Corea). En mi opinión, los múltiples factores culturales de la vida política juegan un papel importante. En Alemania han arraigado de tal manera las distintas competencias de la Constitución fede-

ral que es difícil pensar en que una de ellas pueda ser eliminada. Por lo demás, debe ser toda recepción creativa a través de un activo proceso de adaptación realizado bajo la responsabilidad de un instituto de derecho que considere las *especificidades* de cada país, sobre todo la protección de las tradiciones.

En razón de mi carácter de profesor, obtenida en St. Gallen desde 1981, me interesé especialmente por Suiza, que semeja al sistema de los Estados Unidos de Norteamérica operante en el Tribunal Constitucional de Louisiana. De tal forma que dispone de su propio departamento de derecho público, semejante al del modelo federal alemán. La nueva Constitución federal, que entró en vigor a partir del 1o. de enero del 2000, no modifica de fondo absolutamente nada (artículo 189), y mucho menos las leyes federales sobre el control a los tribunales federales (artículo 191); aquí permanece vivo un residuo de temor ante *gouvernement des juges*, por ejemplo, ante la soberanía democrática del pueblo y su dócil participación, debido a que en Suiza se toma muy en serio la democracia parcialmente directa.

Para la relación de los tribunales constitucionales nacionales con los tribunales supra nacionales juega un papel por demás importante el Estado constitucional y su disposición a la cooperación. ¿Podría usted ejemplificar esto con los casos del tribunal europeo y del EGMR y su influencia sobre desarrollo del derecho en Alemania?

El papel del Tribunal europeo y de la EGMR en el desarrollo del derecho alemán debe ser valorado sin exageraciones. Primero a nivel teórico: ambos restringen fuertemente la soberanía nacional. En mi opinión, la Ley Fundamental es actualmente apenas una “porción de la Constitución” dentro del marco de la Unión Europea. Ciertamente, está resguardada la identidad nacional dentro del “ensamble de porciones de Constituciones europeas” (artículo 6o., parágrafo 2, de la Constitución de la Unión Europea). Sin embargo, la masa de derechos de la EG desplaza

considerablemente el derecho alemán, como se muestra en un análisis práctico. Los derechos humanos de la EMRK no tienen lamentablemente validez a *nivel constitucional* en Alemania, como sí es el caso en Austria o Suiza. Aquí pueden observarse claramente algunas deficiencias. La Constitución federal alemana utiliza a la EMRK sólo para llevar a cabo interpretaciones sobre derecho fundamental. Desde el punto de vista teórico, debe quedar claro que tanto la EGMR como el tribunal europeo van en camino de erigir un Tribunal Federal porque Europa es una “sociedad constitucional en devenir” (así lo expuse en mi artículo en *DVBL*, 2000, pp. 840 y ss.). También los tribunales constitucionales nacionales son de algún modo tribunales constitucionales europeos, debido a que están vinculados al derecho europeo. Ambos tribunales, el de la Unión Europea y el de EGRM, ejercitan desde hace tiempo el “derecho comparado común a los países europeos” de manera paradigmática; en mi opinión, la Constitución federal alemana tiene en este punto ciertas deficiencias.

Nagoyashi, septiembre de 2000.

ENTREVISTA DE ZVONKO POSAVEC*

Profesor Häberle: posibilidades de pensamiento —pensamiento alternativo—, la apertura a las alternativas, la libertad entendida como posibilidad son importantes indicaciones metodológicas en su reflexión sobre el Estado constitucional democrático. ¿Quisiera usted presentarnos su punto de vista metodológico en sus principios fundamentales?

Permítame un doble punto de partida. Primeramente, conocemos los cuatro métodos interpretativos de F. C. von Savigny y canonizados por él mismo. En 1989 me vino la idea a la cabeza que en la medida en que nosotros tenemos una familia de Estados constitucionales necesitamos aumentar el método interpretativo aún más, y específicamente el método interpretativo del derecho comparado. Esto cobra cada vez más importancia en las disputas en Alemania. Pero este punto de partida no es suficiente, porque ninguna metodología ha logrado hasta ahora decirnos en qué orden de importancia los cuatro (ahora cinco) métodos interpretativos deben ser establecidos. Hablamos de una apertura o de una diversidad de métodos interpretativos. Algunas veces domina el método histórico, otras veces el método sistemático, otras más el teleológico o, por último, el del derecho comparado. Por eso necesitamos horizontes complementarios para establecer los cánones de interpretación. Y esos horizontes serán obtenidos a través de lo que usted ha llamado posibilidades del pensamiento.

Estas posibilidades de pensamiento las he encontrado gracias a la *hermosa literatura*. Un escritor austriaco (R. Musil) ha

* Traducción de Guillermo J. Mañón Garibay.

hablado sobre el hombre posible. Yo distingo entre tres formas del pensamiento: el pensamiento posible, el pensamiento real y el pensamiento necesario. A través del pensamiento posible gana el intérprete mayor espacio de juego. El pensamiento necesario, relacionado sobre todo al aspecto del bienestar común, determina lo que es necesario para alcanzar ciertas metas. El pensamiento real lo incluyo dentro del canon interpretativo con ayuda de una antigua consigna: la *realidad orientada* a la interpretación de la Constitución.

En su libro (Teoría constitucional como ciencia de la cultura, 2a. ed., 1988) escribió usted: “el pensamiento y el ser del hombre se desarrollan sobre la perspectiva de la construcción de las posibilidades, en la construcción de lo real y lo necesario. Ésa es su libertad”. “Se trata”, escribe usted en otra parte, “de comprender la Constitución como si fuera de un proceso público” (Constitución como proceso público, 3a. ed., 1998). Todo versa sobre las posibilidades del pensamiento. La comunidad política debe ser orientada al hombre. Esto significa que usted desarrolla casi una filosofía de la Constitución, que tiene como premisa, como fundamento, la esencia del hombre por ejemplo, que tiene como objeto la esencia del hombre ganada a lo largo de la historia.

Usted conoce mis intentos del pasado mejor que yo. Y, aún hoy día, continúo refiriéndome a esa concepción con gusto. Para mí el punto de partida para cualquier reflexión sobre la Constitución, y sobre cualquier desarrollo de una Constitución liberal, es el hombre y su dignidad. La dignidad humana la elevo al rango de premisa antropológica cultural del Estado constitucional. Gracias a la cultura es como el hombre conquistó su postura erigida, para citar en este caso a Ernst Bloch. Yo sé lo bien que usted, querido colega Posavec, conoce tanto la literatura científica alemana como la francesa y europea. Usted se ha familiarizado con el profundo análisis que llevó a cabo el sociólogo alemán Arnold Gehlen y que ha sido llamado *Regreso a la cultura*. Esta

fue una divisa contra Rousseau, ya que consideró que el hombre no devino hombre, por ejemplo, no logró caminar erguido, hasta que no desarrolló las emanaciones y cristalizaciones que estudiamos en la historia de la cultura del mundo. Esto comienza en la familia: encontramos en muchas Constituciones alemanas metas educativas comunes a todos los alemanes para inculcar la dignidad humana, tolerancia, respeto a las minorías y respeto mutuo por la igualdad de los derechos fundamentales. Los sociólogos llaman a esto socialización cultural y eso es para mí indispensable. Esto lo puedo expresar también con una broma: cuando el hombre viene al mundo y es un bebé, asemeja, en mi opinión, a un cubo naturalista, es un “montón de carne”. Y gracias a la cultura, a los procesos culturales de socialización, es que el hombre gana su dignidad. Ciertamente dice Rousseau con razón —y muchos textos confirman su opinión— que el hombre desde su nacimiento posee una dignidad humana. Pienso que debemos mantener esa opinión, aunque desde el punto de vista científico es el desarrollo cultural del hombre lo que lo dota de dignidad; y ahí donde no poseemos ese poder de la cultura, estalla la guerra civil, como en la ex-Yugoslavia o Ruanda. Con indignación presenciamos en estos casos que Thomas Hobbes tuvo una parte de razón. Sólo a través de esfuerzos culturales, incluido el que el hombre hace por sí mismo, por ejemplo, frente a sí mismo y no sólo en la escuela, universidades o familia, es que estamos en condiciones de ofrecer una cierta garantía de que el hombre actuará responsablemente como ente cultural por excelencia. Y es a partir de ese supuesto que realizamos política constitucional, interpretación constitucional y todo ese trabajo jurídico.

Usted ha desarrollado, sobre todo en su trabajo Teoría del Estado constitucional como ciencia de la cultura (1a. ed., 1982, 2a ed., 1998), una amplia concepción de la cultura. ¿No podríamos distinguir entre la cultura política de la cultura sin más? ¿Por qué pregunto esto? Hay, por ejemplo, culturas antiguas que nunca desarrollaron un Estado constitucional, y, por otro lado, éste existe

desde hace muy poco tiempo y, en ese sentido, no hay ninguna “nación cultural”, como digamos, los Estados Unidos de Norteamérica, por lo menos ésta es mi opinión. Si bien ustedes cuentan con una “miserable” cultura, han desarrollado en los últimos 200 años una cultura constitucional que permanece vigente hasta nuestros días.

Intentaré dar una respuesta satisfactoria a su multifacética pregunta. Primeramente, dentro del nivel de desarrollo cultural en el clásico Estado constitucional debemos distinguir entre dos conceptos de cultura: uno en sentido estricto, otro en sentido amplio. Por cultura en sentido estricto entiendo lo verdadero, bueno y hermoso de la tradición antigua, pero también en el doble sentido de los clásicos de Weimar y del idealismo alemán, esto es, de Kant a Hegel. El sentido amplio de cultura comprende a los Beatles, aunque le sorprenda mucho (ya que recuerdo haberlo escuchado a usted en el clásico de Viena como intérprete de piano). Los Beatles o cualquier expresión de la pintura contemporánea son para mí ejemplos de lo que entiendo por cultura en sentido amplio. Esto valga como anticipo de mi respuesta.

Con respecto a la segunda pregunta, usted sabe debido a sus estudios sobre literatura angloamericana que el concepto de cultura política es un invento de los autores norteamericanos Almond y Verba. Ese mismo concepto de cultura política se impuso más tarde en Alemania. Yo, por mi parte, propuse en 1982 el concepto de “cultura constitucional”, al que usted de manera amistosa se ha referido. Este concepto significa lo siguiente: que la Constitución no es sólo un texto jurídico junto con sus instrumentos de interpretación, sino que el hecho de que nosotros podamos vivir en una Constitución, o dispongamos de una Constitución viva, es necesariamente porque cuenta también la mentalidad de los pueblos, su herencia cultural como ocio o días festivos, como el 14 de julio en Francia y el 4 de julio en EUA, también asuntos de psicología profunda o valores artísticos literarios. Algo como lo que dijo De Gaulle cuando se quería arres-

tar a Sartre: “no se mete en prisión a un Voltaire”, representa para mí una prueba de la cultura constitucional.

Cuando al final de los años setenta se preguntaban dónde debía ser sepultado un miembro del Baader-Meinhof-Bade, si acaso en el principal panteón de Stuttgart, donde reposan los restos de Theodor Heuss (nuestro primer presidente federal alemán), el primer alcalde de la ciudad Rommel respondió: “después de la muerte todos son iguales”. Esto era una referencia a la tragedia griega Antígona. Yo festejé en algún trabajo académico su respuesta como una declaración de cultura constitucional recibida a través de los genes de la antigüedad.

Sobre su última y aguda pregunta me siento yo mismo inseguro. Admiro la cultura constitucional norteamericana primero como se expresa en su jurisprudencia de la Supreme Court o como está cristalizada en los *Federalist Papers*, o en los *Amendments* de los derechos fundamentales y en otros muchos aspectos. Por el otro lado, entiendo a lo que usted ha hecho referencia en forma crítica, esto es, que exactamente en los Estados Unidos de Norteamérica aparecen formas de la condición humana que yo no puedo reconocer como expresiones culturales. El milagro americano con sus grandes resultados para la liberación y pacificación de los Balcanes, en especial de Croacia, el milagro y lo ininteligible americano que, en mi opinión, consiste en conjugar la función directora de lo que es y debe ser un Estado constitucional, y, por otro lado, la generación de una civilización que no puede ser llamada cultura desde nuestra forma de entender el término. Eso pertenece a los enigmas que no pueden ser explicados por la ciencia, como usted y yo sabemos, ya que nos encontramos, en contraposición de los grandes teóricos como Luhmann, en posesión de conocimientos fragmentarios que nos deja desarmados frente a los enigmas.

Su teoría constitucional es una teoría constitucional de la sociedad abierta. Esa expresión la ha tomado de Kart Popper. Tanto Popper como la teoría política de la sociedad de Fraenkels están

muy presentes en la suya propia. Usted ha escrito que la ciencia y teoría constitucional plural suponen una teoría de la sociedad plural. ¿Acláreme por favor esa atracción mutua entre teoría social y teoría constitucional?

Yo pertenezco a la generación de profesores alemanes en derecho estatal de la Ley Fundamental, en la por suerte recién reunificada Alemania, que repetidas veces afirman que somos “enanos montados en los hombros de gigantes”. Esos gigantes son, por un lado, los gigantes de Weimar, como Rudolf Smend, Herman Heller, Hans Kelsen, en parte también Carl Schmitt, y tal vez yo mismo pertenezco a ellos. Pero no sólo estamos sentados en los hombros de esos gigantes como enanos, sino también en los de otros. Y usted ha nombrado dos de esos científicos ejemplares a los cuales yo debo tanto: uno es *La sociedad abierta y sus enemigos*, de Popper. Él me inspiró a tomar esto como paradigma de explicación y publicar en el periódico jurídico *La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*. Esto significa que no sólo los juristas interpretan la Constitución, sino también cualquier ciudadano común dentro de una democracia ciudadana. Estas aportaciones para el entendimiento de la Constitución las realiza conciente o inconcientemente en su vida y a largo plazo.

El otro clásico, en el cual yo me apoyo, es el por usted también muy honrado Ernst Fraenkel, el cual también se hizo digno de honor por haber fundado la Universidad Libre de Berlín una vez que volvió de su exilio en los Estados Unidos de Norteamérica. Él se preocupó por el bienestar común y concluyó que únicamente se puede hallar de forma a posteriori. Yo continúo esa idea en el tema de la pluralidad, de la teoría procesal del bienestar común. El bienestar común es primeramente un resultado, un destilado obtenido a través de los muchos pasos de un proceso. La Constitución de un Estado dispone de propuestas sobre el bienestar común y para ello encuentra orientación en la Constitución, como es el caso de la cláusula sobre beneficencia

en la Constitución suiza. También el enunciado sobre el Estado social incide en el bienestar común, o los derechos fundamentales que, del lado del derecho objetivo, testifican el interés por el bienestar común. Yo he intentado vincular esa concepción de bienestar, *ex post* con la idea de la sociedad abierta.

Sin embargo, permítame una crítica a Popper. Mi ventaja como enano montado sobre los hombros de gigantes consiste en que, no obstante ser enano sobre los hombros del gigante veo un poco más allá que el gigante. Sobre a Popper —nosotros hablamos de ello en su extraordinaria conferencia que ayer sostuvo aquí en Bayreuth— sostengo que él no es justo con Platón, como tampoco con Hegel, cuando habla del pensamiento-oráculo. Popper establece una línea de conexión entre Platón, Hegel y la totalidad de las formas aparecidas del joven Estado mundial. Esto es a todas luces injustificado. Aunque Popper afirmó en una declaración tardía, que hizo en Salzburgo, que él se confesaba pluralista, y colocó a la tolerancia, tan importante en los Balcanes, en el centro de sus intereses filosóficos, lo empleó después en sus estudios sobre Platón y Hegel.

Usted concibe a la Constitución como el legítimo orden fundamental del Estado y la sociedad. Esto se encuentra en muchos lugares de su obra, porque es uno de sus pensamientos fundamentales. La Constitución de la res publica no tiene a ningún Estado sobre sí —eso llevaría en una dirección distinta en la forma de interpretar la Constitución—. Estado y Constitución, ¿nos podría aclarar por qué ha desarrollado una definición de Constitución tan relativizante, algo tan amplio en la frontera entre Estado y sociedad?

De su pregunta tomo dos partes. La primera parte se refiere a las relaciones entre Estado y sociedad. Usted es un experto en Hegel y sabe de qué manera tan diferente concibe Hegel las relaciones entre sociedad y Estado. Yo he concebido a la Constitución como legítimo orden del Estado y sociedad (subrayando so-

ciudad). Esto significa que la Constitución no se refiere sólo a los órganos estatales en el sentido clásico de las tres funciones del Estado, sino que constitucionaliza en parte a la sociedad. Ejemplo de esto es el triple efecto de los derechos fundamentales, la inclusión de la televisión privada, la cláusula del Estado social, los límites del libre mercado que actualmente discutimos. Preveo peores formas de capitalismo, por eso deberíamos aquí activar los derechos fundamentales, el principio del Estado social, la democracia y otros elementos constitucionales en la sociedad. La unidad de esos elementos debe ser conseguida en la Constitución.

Para la otra parte, referente a mi concepción de Constitución, debo remontarme más lejos, porque es difícil decirlo en pocas palabras. En Alemania, la Constitución ha sido tradicionalmente diseñada para el Estado, sólo atañe al Estado. Por eso, algunos de mis colegas hablan incluso hoy día del estatismo preconstitucional. Esos son para mí restos monárquicos en la teoría alemana sobre el Estado que no deberían tener lugar cuando deseamos construir al ciudadano a partir del Estado constitucional. Es necesario liberar al concepto de Constitución de su referencia única al Estado. Esta idea se la propuse a usted alguna vez con relación a la sociedad, pero ahora necesitamos hacerlo con referencia a Europa. Europa no es ningún Estado, y no debe convertirse en ningún *súper* Estado, pero en mi opinión, y en la opinión de mis colegas, posee ya una Constitución. Por eso, propongo se diga que Europa es una comunidad constitucional, una articulación de distintas partes de Constituciones.

El gran maestro austriaco sobre derecho internacional, Alfred Verdross, escribió ya en 1926 acerca de la “Constitución de la comunidad de derechos internacional”. También a nivel global contamos con estructuras constitucionales como, por ejemplo, en los pactos sobre derechos humanos, en las Cartas de las Naciones Unidas y en muchos otros tratados internacionales sobre derecho internacional, piense en el Tribunal Penal de Roma. Esos son intentos puntuales de la forma como se concibe la comunidad del derecho internacional, y permítame agregar que necesitamos una

“nueva escuela de Salamanca” para poder abarcar bajo un solo techo teórico todo este desarrollo de derecho positivo.

Doy mi última respuesta a su interesante pregunta: nosotros debemos interpretar la Constitución a través de las distintas caracterizaciones de las funciones constitucionales. La Constitución debe organizar la comunidad diferenciando las funciones del Estado, creando órganos y procesos para cumplir con su finalidad de hacer realidad la cláusula del Estado social, la protección del medio ambiente o el Estado cultural. Pero la Constitución tiene, además de eso, una función simbólica, a saber; simboliza la relativa unidad de la comunidad política, incluso en Europa. Esto significa que posee una función integradora que cumple junto con una función pedagógica, y ésta es la idea más audaz que causa rechazo por muchos de mis colegas. Función pedagógica que se realiza cuando nosotros, partiendo de la Constitución, extraemos algunas metas educativas, como he expuesto en otro lugar, para los jóvenes escolares.

Dos referentes: la Constitución de Guatemala (1985) y el Perú (1979) establecen claramente como metas educativas los derechos fundamentales. También podemos referirnos al recientemente pronunciado veredicto del Tribunal Administrativo Federal con sede en Berlín, que no ha sido aún tomado lo suficientemente en cuenta, y que eleva a metas educativas (como dije en 1981) ideas de la Ley Fundamental como la dignidad humana, los derechos fundamentales, la igualdad y la democracia. Esta es ciertamente una idea revolucionaria adoptada en 1992 y que yo mismo propuse en 1981. La Constitución comprende un hato de diversas funciones. Depende evidentemente del grado de desarrollo real de un Estado constitucional la manera en que pueda combinar estas distintas funciones. He olvidado una función más, se trata de la clásica función que limita y controla el poder. Yo considero que es posible que jóvenes Estados constitucionales, como Croacia, que se encuentran en un momento de transformación, dediquen especial atención a la función limitadora y controladora del poder sobre todo en regímenes presidenciales como el

que tuvieron ustedes con Tudijmann. Pero no hay que olvidar la función educadora en el sentido expuesto por el idealismo alemán, por ejemplo, la educación del género humano concebida por Lessing y Schiller. Los niños en la escuela deben aprender los elementos fundamentales de cómo funciona la democracia y cuáles son los derechos del prójimo a respetar con tolerancia; en especial, que existe una protección para las minorías. Eso debe aprenderse, incluso nosotros los alemanes debemos aun aprenderlo, no obstante que contamos con los grandes filósofos y poetas de la tolerancia, como es el caso de Lessing y su parábola de los anillos. Sin desear erigirme en instructor, creo que para Croacia tanto la función limitadora del poder como la pedagógica son de especial importancia. Una última observación: quisiera ejemplificar la manera en que yo hago hincapié en las distintas fases de los Estados constitucionales respectivamente con la siguiente anécdota humorística: hace algunos años, cuando yo estuve en Croacia como huésped, exactamente huésped del Tribunal Constitucional en Zagreb, la selección de fútbol croata venció a la alemana. Los alemanes estaban deprimidos; yo, por el contrario, entusiasmado. ¿Por qué? Porque era necesario en ese momento ese elemento integrador para el desarrollo armónico de la nación croata. El mismo caso es el de los turcos que desean la integración europea; un factor de integración sería el triunfo en la copa europea de fútbol. Esos eventos culturales, en el sentido más amplio y haciendo a un lado todas las reservas del caso para que el deporte también pueda ser incluido, constituyen elementos cruciales en la construcción de la unidad, en sentido clásico, de los Estados constitucionales, especialmente los jóvenes, y de los países en desarrollo, como los africanos. En este aspecto debemos ser los europeos humildes y alegrarnos a propósito del éxito de Croacia o Turquía recordando las enseñanzas de la teoría constitucional.

Algunos de sus críticos opinan que usted, con su concepción de Estado constitucional, tiende a una interpretación constitucio-

nal total que conlleva a la desaparición de la normatividad de la Constitución. ¿Cuál es su postura frente a esa crítica?

Le agradezco esa pregunta tan crítica, porque todos mis esfuerzos se alimentan de la fe, tal vez también conocimiento, de que sólo en un diálogo crítico honesto con mis interlocutores puede continuar avanzando la ciencia. Usted acaba de poner el dedo en la llaga con su pregunta respecto a la concepción total de la Constitución. A este respecto respondo lo siguiente: mi concepción de la Constitución no pretende eliminar la función y conceptos clásicos de la Constitución, sino que sólo pretende ser un complemento de aquello que desarrollaron los gigantes de Weimar y otros más.

Por otro lado, deben ser los críticos a la vez autocríticos, porque el adversario, que usted cita, trabaja finalmente con una idea totalitaria del Estado que delata caracteres posmonárquicos. Por otro lado, intento alcanzar la condescendencia y humildad necesaria que me permitan hablar de la apertura de la Constitución. Podría ser el caso que existan nuevos temas o que desaparezcan temas obsoletos. Por ejemplo, en Europa debemos reflexionar de nuevo sobre la teoría clásica con respecto a los elementos del Estado de Georg Jellinek, donde la cultura es el tercer o cuarto elemento. El territorio del Estado no tiene hoy día la importancia que tuvo entonces entre los teóricos clásicos, de los que usted me habla, sobre aquello que pensaban, o piensan, con respecto a este punto. La importancia del tema se relativizó a más tardar con el acuerdo de Schengen. Cuando viajo de Palermo a Bayreuth no me percato del territorio del Estado o de las fronteras del territorio estatal desde que existe el acuerdo de Schengen.

Por lo demás, usted puede reparar en la manera en que ejerzo autocrítica en mi trabajo científico, eligiendo todas las formulaciones de manera provisional, adoptando de Popper su procedimiento *trial-and-error* y perteneciendo a los profesores de teoría del Estado que reconocen el error cuando se han equivocado. Mi asistente, el doctor Kotzur, que amablemente está ahora presen-

te, puede confirmar esto que le digo. He indicado repetidas veces en mis escritos más recientes que yo de cierta manera respondo a las exageraciones de los jóvenes. Ciertamente, uno no sabe cuanto tiempo más dure la fuerza revisionista de la propia posición, no obstante pertenece a mi credo profesional.

El derecho constitucional se encuentra entrelazado con la problemática contemporánea. Por un lado, existe una variabilidad de la Constitución: duración y continuidad juegan aún un papel importante para la estabilidad de una Constitución. Por otro lado, el tiempo incide, como usted dice, en la Constitución. Entonces, la continuidad de la Constitución entre el pasado y el futuro es un tema; tiempo y Constitución en abstracto. ¿Desearía decirnos algo al respecto?

Permítame intentar responder a su pregunta con dos citas de los clásicos. Hugo von Hofmannstahl hace decir en su obra *El caballero de la Rosa* a Marschallin después de una noche de amor: “El tiempo: algo tan peculiar”. La otra cita clásica procede de San Agustín. Se dice que él enseñaba lo siguiente a sus alumnos: “No sé qué sea el tiempo. Cuando no pienso en el tiempo, sé lo qué es; pero cuando pienso en lo que el tiempo sea, entonces no sé qué es lo que sea”. Se trata de un problema tan viejo como la humanidad misma que yo plantee en 1974 por primera vez en los términos *tiempo y Constitución*, dentro del ámbito de la jurisprudencia constitucional, y, más tarde, en 1982, lo he vuelto a tratar con el título *Tiempo y cultura constitucional*.

No obstante que no sabemos lo que sea el tiempo, el logro del Estado constitucional consiste —y esto lo ha ido desarrollando a lo largo de mucho tiempo— en haber elaborado una gran cantidad de instrumentos y procesos que ayuden a lidiar con el factor temporal. Esto me permite confeccionar una escala: enlazado de la manera más estrecha al tiempo está la revisión completa de una Constitución, como ocurre actualmente con muchas Constituciones de los diferentes cantones en Suiza y también en la Constitu-

ción federal. En un vínculo menos estrecho con el tiempo está la revisión parcial; como en el caso de la legislación en su proceso normal de emitir leyes complementarias con el fin de alcanzar grandes codificaciones. Ejemplo de esto son las leyes penales o las del derecho civil o también las leyes en estado experimental. Existen también instrumentos delicados de los que se vale el jurista en cada época. En el ámbito de la jurisdicción constitucional poseemos, tomando como punto de partida a los Estados Unidos de Norteamérica, los así llamados votos extraordinarios, como *concurring and dissenting votes*. En Alemania se ha establecido desde 1970 —exclusivamente en el Tribunal Constitucional Federal— el voto extraordinario. Digno de mención es el *obiter dictum*, por ejemplo, la “participación en la impartición de justicia”, que posiblemente la jurisprudencia con el correr de los años quiera interpretar en esa precisa dirección. También la integración de los cuatro, o cinco, métodos de interpretación es un resultado del tiempo: usted lo ve claramente en el método de interpretación de la historia que opera retrospectivamente. En la medida en que se interpreta teleológicamente desde la situación actual de nuestro tiempo, en esa medida tiene sentido la dimensión teleológica, y en esa medida penetra el factor temporal en toda la jurisprudencia de cualquier Constitución abierta.

El jurista debe atender en no ceder al espíritu de su tiempo de una manera caprichosa en el manejo de alguna jurisprudencia, porque esto representaría la descomposición y la arbitrariedad. Para evitar eso contamos con los ya acreditados cuatro instrumentos o métodos de interpretación, incluyendo también el quinto: el del derecho comparado. Nosotros debemos considerar el factor temporal atentamente en el proceso evolutivo de una Constitución a la luz del enorme significado que tiene la certeza jurídica como parte de la impartición de justicia.

Usted propone algo muy controvertido con su interpretación de la Constitución. Tengo en mente el ensayo donde afirmó: “la interpretación constitucional significa dar una Constitución”.

Uno piensa primero en dar una Constitución, y una vez que se ha dado, se presenta el problema de interpretarla. El orden natural es: dar y luego interpretar. En su conferencia aparece primero la interpretación y luego la Constitución ¿Quisiera usted comentar y aclarar un poco este giro?

Eso lo he hecho de manera intencionada. Si usted quiere ha sido una exageración juvenil. Y gracias a la pregunta que me hace, tengo la oportunidad de corregirme. Aunque no puedo negar que me alegra haber conseguido algo con esa provocación.

Desde el punto de vista actual se puede ver que lo que quiere expresar es que el texto de una Constitución, tan importante como es, se encuentra supeditado a la interpretación como a un proceso creativo imprescindible. La doctrina anglosajona posee en este sentido el concepto de *law in action* que yo amplío de esta manera: *law in public action*, con el fin de vincularlo de manera más fuerte al aspecto público. Sin embargo, me mantengo fiel a una parte de la verdad, a saber: algunos veredictos del Tribunal Constitucional Federal alemán, que se han ganado el reconocimiento mundial, son desde el punto de vista material legislaciones constitucionales. Estos veredictos aparentan ser interpretaciones constitucionales, pero son mucho más que esto: son legislaciones. Por ejemplo, el veredicto con relación a la televisión (entre tanto hoy día existen entre ocho y nueve veredictos sobre la televisión) que, comenzando desde el primer veredicto, ha recreado una parte de la Constitución a lo largo de las distintas interpretaciones. Esa jurisprudencia adquiere con esto el rango de legislación, y salvaguarda, con el artículo quinto de nuestra Ley Fundamental sobre televisión, cualquier riesgo de una estructura bipolar entre pluralidad interior y exterior. Es así como entiendo la forma en que el Tribunal Constitucional Federal forma parte de los legisladores. No niego que esto se dé principalmente con relación con la Ley Fundamental, pero hay que conceder que no se trata simplemente de la interpretación de una parte del texto constitucional.

La Constitución de una *res publica*, como usted dice, implica un vínculo con el aspecto público. Con el título de su libro *Constitución como proceso público* se muestra que el aspecto público ocupa un lugar importante en su reflexión sobre la Constitución. ¿Cómo se condicionan mutuamente la Constitución y el aspecto público?

Primeramente le indicaré a usted con quién estoy en deuda en este tema. Rudolf Smend fue quien con su escrito de 1954, en memoria de Walter Jellinek, colocó en el centro del interés de la teoría alemana del Estado de derecho el aspecto público. En seguida debo mencionar a mi profesor Konrad Hesse, quien desarrolló el aspecto público de los partidos políticos. Jürgen Habermas, a quien usted ya ha entrevistado, escribió su trabajo de habilitación en Marburgo, que ha resultado ser un clásico a la fecha sobre los cambios en la estructura de lo público. Sobre la base que crearon estos tres autores he intentado desarrollar mi teoría sobre el aspecto público de la Constitución.

La primera idea sobre el tema se encuentra en un diálogo de 1969 que sostuve con Habermas: *Lo público y la Constitución*. Esa idea la seguí desarrollando más tarde en *La Constitución como proceso público*. Ahora deseo exponerle el estado actual de mi posición al respecto. *Público* es un concepto valorativo, así como un concepto sectorial. *Público* se refiere a *res publica*. Los pasos a favor del desarrollo del Estado constitucional europeo comenzaron a la par del retroceso de las máximas arcaicas clásicas de los monarcas y los príncipes. Poco a poco fue abriéndose la brecha para el desarrollo de las garantías de los derechos fundamentales y del aspecto público liberal en contra de la justicia de gabinete, contra el sistema de gabinete y la máxima monárquica arcaica. En este sentido, el concepto de *público* se encuentra en contraposición a *secreto*, y gracias a esto conecta el concepto moderno de Constitución con el de *público*. Y si entiendo bien, existe una conexión más, a saber: Constitución entendida como lo *público* y Constitución entendida como *proceso público* indican que la Constitución se desarrolla a través de la interpretación viva de todos los ciuda-

danos y de aquellos profesionales ocupados con la interpretación constitucional, como juristas. Piense usted que es un logro de los “verdes” alemanes el haber llevado a la arena pública el tema del medio ambiente. En 1984, Baviera fue el primer Estado en haber legislado sobre el medio ambiente en forma de una modificación constitucional, considerándolo parte de la protección de las futuras generaciones. La Ley Fundamental alemana ha elevado al rango constitucional, en su nuevo artículo 20a, la protección al medio ambiente. En este caso se trató de un suceso público muy concreto que revela que el legislador debe ser públicamente activo, que el trabajo del intérprete de la Constitución debe ser también público y que todas esas funciones públicas tienen relevancia cuando existe protección garantizada a nuestra esfera privada; porque también el Estado totalitario de los comunistas y nacional socialistas disponían de una suerte de *espacio público*. Se trataba de un espacio público completamente manipulado, un espacio público instrumentalizado, pero de ninguna manera de un espacio público libre.

Su pensamiento rechaza categóricamente la doctrina del enemigo-amigo como teoría política. ¿Desea decir algo con relación a esto?

La doctrina del enemigo-amigo, que formuló Schmitt en su “teología política”, se entiende en el contexto del fracaso de Weimar y del advenimiento de los Estados totalitarios. Esta doctrina ganó tanta fuerza en Europa, y por tanto también en Alemania, por la manera tan brillante en que fue expuesta. Es, sin lugar a dudas, falsa, y por eso mismo peligrosa y fatal en sus consecuencias históricas. La sociedad política de las naciones y la comunidad política europea, como actualmente se desarrolla hacia una comunidad constitucional, no puede vivir dentro del pensamiento de la doctrina del enemigo-amigo sin desembocar en una guerra civil. En el contexto político, los enfrentamientos con el opositor exigen, sobre todo en determinados procesos, honesti-

dad y tolerancia. Por eso mismo, he rechazado siempre el concepto de *enemigo de la Constitución* incluso cuando se trata de los comunistas o de los nazis. Yo siempre dije en los años sesenta, y principios de los setenta, que los comunistas no eran para mí enemigos, sino tan sólo contrarios. Sin menoscabar por eso el hecho de que la Ley Fundamental, a raíz de la experiencia con la Constitución de Weimar, justifica en último término la posibilidad de lucha y defensa por la democracia. Gracias a eso previó la posibilidad de que se prohibiera a un partido político.

Por otro lado, y para no dar lugar al error, reconozco algunos logros positivos de Schmitt. Menciono solamente como ejemplo su teoría constitucional de 1928, que es para mí una pieza maestra incluso con todo y las antinomias que construye entre la democracia y la libertad o entre libertad e institución. Frente a esto he intentado incorporar en 1962 la doctrina del doble carácter en mi disertación sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales (3a. ed., 1983). Los derechos fundamentales tienen una faceta liberal o de derecho individual, así como otra de derecho objetivo e institucional. Por otro lado, cualquier pregunta con relación a Schmitt supone otra anterior sobre el Schmitt que se tenga en mente; porque existe el Schmitt clásico que escribió la teoría constitucional de 1928 y el Schmitt funesto que dijo en 1934, después del golpe de Röhm y el asesinato de cientos de SA en Baviera: “el Führer protege el derecho”. El Schmitt antisemita que escribió sobre el derecho de los judíos y los alemanes, que acuñó la expresión: “establo judío”, o el insulto: “judío Jellinek”; ése es imperdonable. La lucidez de Schmitt no la discuto; solamente digo que con su teoría (que hoy como en el pasado tiene muchos seguidores) no es posible construir una Constitución europea, porque carece de todo sentido de derecho comparado y todo sentido de pluralismo. Él siempre se expresó mal sobre los Estados Unidos de Norteamérica, contra Lasky y su teoría sobre la soberanía. Exactamente un país como Croacia que depende de la tolerancia, de la protección a las minorías, de la paz, también del arte del derecho comparativo y pensamiento

fraternal para lograr la igualdad pacífica entre las múltiples minorías, exactamente —digo— Croacia u otra joven nación como Macedonia o Eslovenia, para las cuales tengo mucho respeto, de nada les sirve el pensamiento de Schmitt. Otra cosa diríamos de Hermann Heller, si es que nos permitimos voltear hacia los clásicos de Weimar, o también Fraenkel o Popper, incluso mi abuelo científico Rudolf Smend, no obstante que su idea de la integración está impregnada de nacionalismo.

¿Qué tendencias y corrientes están hoy día presentes en la Constitución y doctrina del Estado en la República Federal Alemana?

También contestaré con gusto esa pregunta, no obstante el grado de dificultad que depara. En el escrito de homenaje a Hans Maier de 1996, he intentado exponer los efectos y las distintas corrientes que hay en la teoría alemana del Estado. Anticipándome a mi conclusión, puedo decir que la teoría actual sobre el Estado se alimenta en gran parte de los clásicos de Weimar, y con esto se afirma que los epígonos son no sólo de sus comentaristas, sino también de los comentaristas de sus comentaristas. Existe, sin duda, un enfrentamiento abierto y velado entre escuelas. Sobre esto diré lo siguiente: lamentablemente Hermann Heller no fundó escuela alguna en Alemania porque tuvo que emigrar. Él ha despertado la atención de los alemanes de manera indirecta, a través de España. Mis maestros Konrad y Horst Ehmke llamaron mi atención sobre la riqueza del pensamiento de Hermann Heller con relación a temas como derecho como ciencia de la realidad, o también teoría del Estado como ciencia de la cultura. Sin importar que el punto de partida de las reflexiones de Hermann Heller sea siempre el Estado, cuando para mí el punto de partida es la Constitución. Esa es una diferencia clara entre ambos.

Una corriente que ha ido ganando fuerza es la teoría de la integración de Rudolf Smend, a quien agradezco muchas de mis opiniones, como la idea sobre la unidad de la Constitución, la

idea de la integración, la atención al tema de las relaciones entre Iglesia y Estado en Alemania, por ejemplo, el artículo 140 de la Ley Fundamental. Smend ganó mucha importancia en el Tribunal Constitucional Federal, como se puede mostrar echando mano a algunas decisiones y personas a manera de ejemplos. Muchos jueces federales fueron discípulos o admiradores de Rudolf Smend.

La tercera tendencia que ejerció gran influencia es la de Schmitt. Los mejores discípulos, provenientes aún de la época de Weimar, fueron Ernst Rudolf Huber y otros más que, aunque muy cuestionados, sirvieron para formar la materia prima que dio lugar a la doctrina administrativa de los años cincuenta. Por eso no es fácil emitir un juicio sobre la teoría del Estado de Schmitt. Otro más, Hans Schneider, fue importante para nuestra Ley Fundamental debido a su teoría sobre la forma de legislar. Estos dos discípulos de Schmitt (Rudolf Huber y Hans Schneider) han ganado una enorme relevancia debido en parte a los discípulos que a su vez han formado. Yo no menoscabo su importancia científica, sólo me pregunto si se puede emprender algo con Carl Schmitt y su ideología en la Europa de nuestros días y del Estado constitucional. Con esto no quiero atacar a la persona de Carl Schmitt; en Bayreuth aprendí a separar la obra de su autor. Richard Wagner fue un monstruo que robaba a sus amigos el dinero o las mujeres, y fue también un gran compositor de ópera. Schmitt creó una gran obra, pero desde el punto de vista humano fue mucho muy problemático si pensamos en su antisemitismo y las anteriores expresiones citadas.

Digna de mencionar es la repercusión de Hans Kelsen, en especial en Austria, desde entonces hasta nuestros días. Él se aplicó desde muy temprano y de manera contundente a la jurisdicción constitucional.

Para usted fue 1989 annus mirabilis. ¿Qué opinión tienen sobre la reunificación alemana sin una nueva Constitución?

Me considero afortunado de haber vivido, en 1989, en Bayreuth, porque antes se encontraba en la frontera alemana. Hoy se encuentra en medio del corazón de la reunificada Alemania. Para mí representa la reunificación, en el aspecto social, la experiencia más feliz de mi biografía. Y lo más importante no es la reunificación de un Estado nacional, sino la reunificación de Alemania entendida como nación cultural, y porque de esta manera nos encontramos en el camino de aquello que exigió Thomas Mann: una Alemania europea.

En ese entonces me encontraba en un estado eufórico, que afectaba incluso mi trabajo científico. Trabajaba día y noche en el *Anuario de Derecho Público*, publicado por mí mismo, donde documenté la reunificación alemana y comenté, en parte, los más de cuarenta esbozos de Constitución para Alemania oriental. No puedo olvidar cuando fui con una docena de mis estudiantes de seminario a las manifestaciones de los lunes en Leipzig en la iglesia de Tomás o de Nicolás. Con la prudencia necesaria viví la revolución de Alemania oriental.

La reunificación alemana no es un regalo ni tampoco un logro de Alemania occidental, es antes bien un logro de la historia, con especial empeño de Gorbatschow, Kohl, Bush, exceptuando a Andreotti de Italia, pero no a González de España. De ese entonces data la expresión para 1989 de *annus mirabilis*. Aunque aquí debo corregirme, porque entonces, como consecuencia de la euforia, consideré el *annus mirabilis* como el cambio hacia el Estado constitucional, la fe en que el Estado constitucional tiene una posibilidad de triunfo gracias a sus cualidades, como libertad, apertura, tolerancia, Estado de derecho. Nunca pude adivinar entonces a qué precio y con qué déficit se iba a realizar la reunificación alemana. Como déficit hay que contar el infrenable capitalismo, al que se refiere de la misma manera la condesa Dönhoff, la desventaja de la globalización, el aparente absoluto dominio del mercado, todo eso no lo pude adivinar. Desde la perspectiva del Estado constitucional es el mercado un simple instrumento y nunca la medida de todas las cosas. Economía de

mercado refiere a economía social del mercado en el sentido que le ha dado Ludwig Erhardt. Debemos domar el capitalismo, acortarlo a través de derechos fundamentales culturales y sociales, a través de nuevas formas de democracia, también con desarrollo regional y mecanismos parecidos. En 1989 no era predecible la globalización.

¿Cuáles fueron los costos de la reunificación? El peligro de un nuevo economismo, una sobrevaloración de lo económico sin importar el significado del bienestar material para la democracia y sus ciudadanos. La valoración de cualquier cuestión humana con relación al éxito económico muestra el infeliz curso que han tomado las cosas, contradiciendo el ideal de la antigua polis, así como también el idealismo alemán durante los clásicos de Weimar y la democracia plural. El materialismo poscomunista en Occidente muestra un desarrollo que me hace dudar si la expresión *annus mirabilis* todavía es adecuada. En este sentido debemos de emprender unas correcciones. Ya he indicado algunas tendencias, pero como no soy ningún versificador en latín no se me ocurre ninguna otra expresión más adecuada a *annus mirabilis*. No obstante, se podría encontrar una expresión más modesta, mientras tanto me atengo a lo que hay. Desde el punto de vista político, humano, científico, sigue siendo para mí 1989 la experiencia más feliz, el comienzo de una nueva unidad europea y el reforzamiento del Estado constitucional y su modesta verdad para hacer coincidir justicia con bienestar general.

Desde ese año se hace presente en toda Europa el efecto de 1989, y ha habido muchos intentos para descifrar su futuro. Usted ha escrito mucho al respecto en sus múltiples ensayos, por ejemplo, sobre la futura Constitución en Europa. ¿Qué tiene usted en mente? ¿Desea hacer alguna aclaración en este sentido?

La unidad europea y la reunificación alemana de 1989 son sucesos paralelos. Una feliz disposición ha traído consigo que se relacione el antiguo artículo 23 de la Ley Fundamental con la

reunificación. Después del éxito obtenido con la reunificación se vincula el artículo 23 de la Ley Fundamental con la unidad europea. Ha sido el logro del canciller Kohl el haber reconocido a tiempo —y digo esto contra el espíritu de nuestra época que lo castiga de manera exagerada— que tanto la reunificación alemana como la unidad europea son sucesos que van juntos. Ese es un golpe de suerte en nuestra historia; quiero decir: que hoy día vivamos en paz con todos nuestros vecinos. Yo siempre me he orientado por las palabras de Thomas Mann, quien formuló en los años veinte la idea de una Alemania europea. Esto al parecer ya se cumplió. La Unión Europea, como usted sabe, comenzó con el Tratado de Roma de 1957, lo que no es ningún accidente, y recibió un nuevo empujón con la reunificación alemana de 1989 y los respectivos tratados de Maastricht y Ámsterdam. Estos son tratados de derecho internacional de un tipo especial. Nosotros los juristas nos devanamos los sesos al intentar definir lo que significa Europa desde el punto de vista del derecho. Como botón de muestra la diferencia entre Europa y derecho europeo en sentido estrecho de la Unión Europea y de la Comunidad Europea y de Europa en sentido amplio de OSZE (antes KSZE) del Parlamento europeo. Primeramente me concentraré al derecho europeo y a Europa en sentido estrecho de la Unión Europea. Planteemos la pregunta sobre si es una “confederación de Estados” como dice el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el marco del discutido veredicto de Maastricht, en el t. 89, p. 155. Para mí eso es insatisfactorio, porque sabemos que Europa en sentido estrecho no es ni confederación de Estados ni tampoco un Estado federal. Se ha reconocido que el Tribunal Constitucional Federal intentó con nuevas fórmulas definir ese ente *hermafrodita*. Sin embargo, confederación de Estados no me agrada, porque antepone el concepto de Estado. Por otro lado, sé muy bien que Inglaterra guarda mucho recelo ante cualquier tipo de federalismo. En este caso se trata, si usted así lo quiere, de un punto de vista de cultura nacional. Entonces, debemos buscar otro concepto que sea adecuado para todas las

escuelas de teoría del Estado de derecho de las 15 naciones y sus respectivas culturas políticas, con el fin de que todas ellas se sientan en Europa como en su casa. Por eso mi recomendación de definir Europa como una comunidad que se desarrolla hacia una unión constitucional. ¿Qué significa esto?

El concepto *comunidad* lo tomo de Walter Hallstein, el gran europeo, que disfruto de la dignidad que hoy goza Jaques Delors. Hasta donde sé, fue Hallstein quien acuñó el término “Comunidad Europea”, y debido a esto tengo que defenderlo, porque no hizo énfasis en la sociedad sino en la comunidad. Yo quiero agregar el término Constitución; por eso propongo provisionalmente que Europa, en tanto Comunidad Europea, deberá ser entendida como una Comunidad en vías de desarrollar una Constitución *sui generis*, un ensamblado de distintas partes de Constitución. Por ejemplo: el veredicto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo sobre los derechos fundamentales, entendidos como lineamientos generales de los principios de derecho, es parte de la materia constitucional que viene a reflejarse en el Tratado de la Unión Europea misma. Del mismo modo, podemos citar como parte de esa Constitución el Tratado de Unión Europea y de la Comunidad Europea a la manera como se acordó en Maastricht y Amsterdam. Incluso también el sentido amplio de Europa permite hablar de partes de Constitución. Yo me alegré mucho cuando Croacia obtuvo su membresía dentro de la Comisión de los Derechos Humanos Europeos, porque esa Comisión europea sobre los derechos humanos constituye una parte esencial de la Constitución europea. En Austria y en Suiza tiene el rango constitucional, mientras en Alemania vale como punto de vista interpretativo para el Tribunal Constitucional alemán.

Necesitamos un John Locke para toda Europa y para la teoría constitucional con el fin que encuentre una conceptualización adecuada para este nuevo *constructo*, incluso en caso de ser necesario con la ayuda de categorías de una utopía concreta. Recordemos que cuando John Locke desarrolló los elementos del Estado constitucional en la Inglaterra de su tiempo, pasaban sus

ideas por meras utopías, no obstante hoy día sean para muchos de nosotros realidad. En ese sentido exijo a los juristas, como parte de su tarea, incluir *quantos* utópicos en su pensamiento con el fin de anticipar la realidad.

¿No está presente en todas las Constituciones europeas, así como también en las Constituciones allende Europa, una idea de hombre a partir de la cual se destilan o crean los derechos fundamentales? O, de otra forma, ¿cree usted que han cristalizado esos derechos de tal manera que nos ofrecen ya una guía hacia dónde debemos ir?

Nuevamente mi respuesta no será mejor que esa pregunta, porque estoy seguro que su traducción al croata será mejor que mi texto en alemán. Contesto con gusto a su pregunta en dos sentidos: primero en un sentido puramente filosófico y después en un sentido jurídico constitucional.

La pregunta sobre la idea del hombre es un paradigma clásico sobre la discusión entre el clásico y el contra clásico Tomás Hobbes y John Locke. Tomás Hobbes posee antes bien una idea pesimista del hombre: *homo homini lupus y bellum omnium contra omnes*. La guerra civil en la extinta Yugoslavia provee de ejemplos suficientes de esto. John Locke tiene una idea optimista del hombre que después se convirtió en un elemento indispensable del naciente Estado constitucional en Estados Unidos de Norteamérica y Francia. Yo fui ingenuo hasta 1989, si usted así lo quiere, partidario de la idea del hombre de John Locke. Pero frente a la confrontación en sus Balcanes, en la ex-Yugoslavia, frente al exterminio de minorías étnicas por los serbios, frente a los sucesos en Kosovo entre serbios y ortodoxos, para mi incomprensible, contra la minoría islámica, frente a todo eso, he comenzado a dudar si somos justos insistiendo en una idea optimista del hombre, tanto para con el Estado constitucional como para el hombre mismo. ¿Podemos prescindir de las ideas escépticas de un Tomás Hobbes? Debido a esto, he adoptado una idea mixta del hombre:

en parte es el hombre bueno, y puede llegar a ser mejor con educación, pero llevamos una faceta negativa y oscura en nosotros. El gran reformador Martín Lutero afirmó que el hombre era por naturaleza malo. Usted conoce la famosa cita de Maquiavelo, y Hegel es también escéptico frente al hombre; Friedrich Schiller, mi paisano suabo, tuvo una idea del hombre por demás optimista, mientras Goethe fue reservado y cuidadoso, porque conocía la profundidad y superficialidad de los hombres.

Para cambiar de la filosofía, filosofía del derecho, al plano jurista constitucional, permítame comenzar con la idea jurídica del hombre que tiene la Constitución federal alemana. Ésta desarrolló en los años cincuenta su llamada idea jurídica del hombre. Ahí se dice que el hombre es una persona, que dispone de autonomía, que se encuentra integrado en una sociedad con responsabilidades y obligaciones sociales. Esa fue una fundamentación de la idea del hombre que posiblemente se remite a la filosofía de Gustav Radbruch, aunque nunca se le haya citado explícitamente.

Esta idea jurídica del hombre tenemos que complementarla con algunas indicaciones. Preguntemos por la idea del hombre de Montesquieu que muestra una sana faceta de escepticismo. Montesquieu afirma en su texto clásico *El espíritu de las leyes* de 1748 literalmente lo siguiente: “el hombre tiende por naturaleza a abusar del poder”. Esta es una profunda percepción dentro de la naturaleza dividida del hombre que dio por resultado la división de poderes. Para mí significa la división de poderes, la construcción escéptica de una idea del hombre a partir de la naturaleza humana y su relación con el poder. Incluso la democracia, entendida como ejercicio temporal del poder, expone el peligro que representa el hombre en el poder de tal forma que el gobierno tiene que sustituirse regularmente. Este es un ejemplo de división de poderes en el tiempo o una consecuencia de la idea del hombre en el Estado constitucional. Una última observación: la idea del hombre de nuestra Ley Fundamental puede ser examinada haciendo referencia a dos contextos: el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado en dos recientes veredictos que los prisione-

ros gozan del derecho a ser resocializados. En el fondo de esto yace una idea optimista del hombre, a saber: la esperanza de que cualquier hombre, incluso los que han delinquido, y por eso se encuentran en prisión, pueden ser ciudadanos normales para disponer con discreción de su libertad.

Otra idea del hombre la tomamos de lo que hemos afirmado arriba con relación a las metas de la educación. El canon común alemán sobre las metas educativas dice: tolerancia, respeto a la dignidad humana, igualdad de derechos, protección del medio ambiente y, a partir de la Constitución de Weimar de 1919 y su artículo, clásico, 148, reconciliación entre los pueblos. Yo agregaría con gusto la apertura europea, por ejemplo, el apoyo a Europa. Esta posibilidad o creencia de que nosotros podemos inculcar estas metas educativas a las jóvenes generaciones desde la casa paterna, escuela o universidad, constituye también una idea de hombre. Por lo tanto, pienso que el Estado constitucional depende de una idea del hombre, de la fe en la dignidad humana concebida como premisa antropológica con respecto a sí mismo.

Ciertamente debemos ser cuidadosos con la idea de hombre, tenemos que usarla de manera controlada para que no resulte un cuerno lleno de obligaciones inalcanzables. El marxismo detenía igualmente una idea de hombre, que usted conoce mejor que yo por la historia pasada de Zagreb y que tuvo que haber aprendido en sus años de estudiante. Nosotros profesamos la idea de hombre como mezcla de optimismo y escepticismo, que finalmente tiene raíces religiosas: la idea del hombre como imagen divina. La idea de la dignidad humana proviene de un humanista italiano de 1498, a saber: Pico de la Mirandola. Sobre la dignidad humana existe hoy día una numerosa jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional Federal. En razón de la casuística es posible diferenciar lo que significa dignidad humana. Desde mi punto de vista, hay una triada de ideas: la idea del hombre, la idea del Estado o idea de Constitución y, finalmente, la idea del pueblo. Todas ellas deben ser acogidas dentro de las coordenadas del sistema europeo.

Profesor Häberle, usted estuvo en Croacia para dar dos conferencias que fueron publicadas. Habló con nuestros jueces y científicos más importantes, conocen nuestra Constitución y ha publicado sus distintas opiniones sobre ella. ¿Qué nos puede recomendar para orientar nuestros esfuerzos e incorporarnos a Europa? Deseo poder saludarlo de nuevo en Croacia y mi invitación está en pie.

Mi primera palabra es para agradecerle su cortesía. En efecto, estuve en Croacia invitado por la Universidad y el Instituto Goethe, también por el embajador doctor Haak. Después fui huésped del presidente Crnic en Zagreb. Es de imaginarse que me pude hacer una buena idea sobre la situación del país, no sólo debido a la hospitalidad con que fui recibido y que se les da de una manera natural, sino también por el gran nivel académico de muchos colegas croatas y por la ética profesional de muchos jueces constitucionales. Sobre la Constitución croata trabajé utilizando el derecho comparado y analizando otras Constituciones de Europa Oriental. Y puedo decir que quedé sorprendido de lo ampliamente desarrollada que está, por ejemplo, en el contexto de las metas del Estado, en la recién introducida protección a las minorías étnicas, en la fundamentación de la jurisprudencia (incluso con la posibilidad audaz del voto especial). Mis dudas se centraron en la fuerza que se le otorga en su democracia al presidencialismo, tal vez resultado de la forma de gobernar de su recién fallecido presidente Tudjmann. De cualquier forma, me asaltó la inquietud teórica de si no será conveniente en periodos de transición democrática, como es el caso de los Estados en Europa Oriental o de los países sudamericanos en desarrollo, recomendar el presidencialismo democrático, aunque más tarde sea imprescindible transitar hacia una democracia parlamentaria (como en Alemania o Italia). Pero esta es una cuestión académica sobre la cual tengo aún mucho que reflexionar y no poseo el suficiente material.

Estoy sorprendido sobre las leyes que ha dictado el Poder Legislativo y que sin vergüenza pueden ser mostradas en toda

Europa. No puedo decir nada concretamente sobre la forma en que han tomado cuerpo en la realidad. Mi convicción dice que si una nación ha logrado redactar un buen texto constitucional, esto representa ya un logro, porque de esta manera los ciudadanos y los partidos políticos se pueden remitir a ese texto en los tribunales en las distintas etapas de su desarrollo, incluso cuando éste se encuentra en estado embrionario de utopía. La necesidad de que primero deba existir un buen texto constitucional puede ser demostrada utilizando ejemplos de todo el mundo. Naturalmente, el texto constitucional debe tomar vida paso a paso.

Con respecto a su tercera pregunta, que derivó de su anterior observación, desea saber lo que yo pueda recomendarles. Bueno; en este punto la hospitalidad que se me ha brindado me obliga a ser cuidadoso. Ya el hecho de ser alemán demanda cautela al dar recomendaciones o aparentar ser un sabelotodo. Me permito, sin embargo, darle algunas indicaciones en razón de nuestra amistad, y también en razón de la cooperación científica que tal vez en el futuro se dé entre Croacia y Alemania. Primero, creo que hay que comenzar con la educación de los jóvenes con el fin de formar *juristas europeos*. Esto quiere decir que los jóvenes estudiantes no sólo deben aplicarse al estudio de su Constitución croata y su derecho civil y penal, sino que deben desde un comienzo encaminarse a la formación de juristas europeos. ¿Qué significa *jurista europeo*? Usted mismo es un ejemplo de cómo debe ser un jurista europeo. El jurista europeo debe dominar distintas lenguas y conocer uno o dos sistemas nacionales de derecho, de la misma forma como usted conoce el francés y el alemán. Además de esto, necesita estudiar los textos clásicos, como los mencionados anteriormente, incluyendo los textos de los grandes poetas, y familiarizarse con los principios generales del derecho europeo, tanto en sentido estrecho como amplio. Aunque ciertamente, y en última instancia, la teoría constitucional que vayan a desarrollar y se puedan permitir en un futuro depende de lo que se enseñe en los salones de escuela y en las aulas de los seminarios universitarios.

La otra indicación, referente a la reducción del presidencialismo democrático, a la edificación de los derechos de las minorías, a la necesidad de fortalecer las estructuras regionales y comunales para la administración eficiente, referente a que deben atender dogmáticamente de los derechos fundamentales y a la vez volver la cara rápidamente a Europa —a la que usted pertenece por su lado austríaco, pero también por la enorme historia de sus muchas nacionalidades—, y motivado por lo que leí ayer en el periódico *FAZ* acerca de que la Unión Europea se quiere asociar también con Croacia, por todo eso —digo— debemos hacer todo lo que esté de nuestra parte para lograr un intercambio científico de ideas. Esto usted, como egresado de la Universidad Humboldt, ya lo ha iniciado, por ejemplo, con la hospitalidad que ha edificado entre Croacia y Dubrovnik. Pero debe también hacer todo lo posible para erigirse en paradigma de una *Croacia europea*. Entonces, tendríamos una tarea en común, a saber: de la misma manera que nosotros nos encontramos en camino de crear una Alemania europea, así también deseo que usted logre encaminar a Croacia en corto tiempo en la dirección correcta hacia Europa.

Le agradezco sus preguntas y puede estar seguro que haré todo lo posible desde la academia, a pesar de sus limitaciones, para contribuir a realizar este proyecto compartido.

Yo soy, profesor Häberle, quien tiene que agradecer por sus valiosas ideas. Y agradezco a usted, profesor Kotzur, por la ayuda que me brindó para lograr esta entrevista.

Zagreb, 2000.

ENTREVISTA DE HÉCTOR FIX-FIERRO Y DIEGO VALADÉS*

Profesor Häberle, con motivo de su primera visita en México, ¿podría darnos algunas impresiones sobre México y su cultura, quizá también como espejo de su cultura jurídica?

Lo primero que llama la atención es la intensa presencia de las *tres culturas*: la llamada *precolombina*, la española o colonial, y la moderna. Al respecto me gustaría proponer que se suprima por completo el concepto de cultura precolombina, ya que degrada a las antiguas culturas —tan presentes todavía— de los indígenas y fija un punto central falso, que es la llegada de Colón. La historia centrada en eventos puntuales siempre me ha parecido discutible. Desde el punto de vista geográfico, quisiera apoyarme en la tesis de Diego Valadés en su doctrina de las “cuatro Américas”: América del Norte, América del Sur, América Central y México, el cual, desde mi perspectiva, se ha dotado de una cultura y una identidad propias que se manifiestan también en el ámbito de la cultura jurídica (de ello hablaré más adelante).

Otra distinción es la que existe entre Iberoamérica e Indoamérica. Quizá haya que pensar en términos de estratos que se superponen en el espacio y el tiempo. Lo que me parece importante es la doble función de puente con la que cumple México: como puente en el tiempo, sobre todo respecto de las antiguas culturas “desde los olmecas hasta los aztecas y los mayas en Yucatán— y el puente en el espacio, sobre todo el puente tan vi-

* Traducción de Héctor Fix-Fierro.

tal que existe con España y, por tanto, con Europa, pero también hacia América del Norte.

Fascinante encuentro luego la gran cantidad —que puede percibir cualquier visitante— de objetivaciones de la cultura, la cual, de acuerdo con una percepción sensible a ésta, se aprecia sobre todo en los numerosos monumentos y nombres que expresan, de modo plástico, un pedazo de la historia cultural y constitucional de México. Pienso aquí en los monumentos a Benito Juárez y Miguel Hidalgo. ¡No es casualidad que no haya *ningún* monumento para el conquistador Cortés! Desde un punto de vista positivo, pienso, además, en la Plaza de la Constitución, la cual pretende recordar la continuidad, no siempre ininterrumpida, de la Constitución, incluyendo la Constitución española de Cádiz, la que estuvo brevemente en vigor en su país (1812 y 1821), aunque habría que dejar de lado la época del dictador Porfirio Díaz.

Desde el punto de vista de una doctrina *teórico-constitucional* de los elementos del Estado —para la cual la cultura constituye el cuarto elemento (además del territorio, el pueblo y el gobierno), o mejor quizá, el primero— hay que mencionar la presencia de banderas nacionales gigantes en la imagen urbana de la Ciudad de México. La bandera nacional mexicana retoma el motivo cultural del águila y la serpiente que viene de la fundación de Tenochtitlan en el siglo XIV de nuestra era. Por último, podría hacer referencia al llamado *muralismo*, como el de Palacio Nacional, el cual constituye una *biblia pauperum*, una *constitutio pauperum*.¹ De mi visita al Palacio Nacional tengo el recuerdo imborrable de los numerosos grupos escolares que, bajo la dirección de sus maestros, estudian la historia constitucional y cultural de México, adquiriendo así un pedazo de su *memoria colectiva*.

Por último, quisiera mencionar la amabilidad y el carácter pacífico de los mexicanos de todas las clases sociales en la vida cotidiana, de lo cual me di cuenta inmediata como visitante en

¹ “Biblia, Constitución de los pobres”.

su país, ya sea en el hotel, en la calle o en el Museo Nacional de Antropología. Gracias a la filantropía vivida por los ciudadanos, la sociedad civil multicultural apunta a un estado de ánimo relevante para la antropología cultural, el cual —a pesar de la pobreza— define a un *status culturalis* pacífico que ocupa, lejos de Thomas Hobbes, el lugar de un *status oeconomicus* agresivo. La teoría constitucional de ustedes puede tomar esto como punto de partida: desde los fines de la educación que contiene el artículo 3o. constitucional hasta la cuestión de cómo acercar la Constitución al ciudadano, o bien, al plantear la solución a los problemas de las minorías o el fortalecimiento del federalismo.

¿Qué estructuras de la Constitución mexicana le parecen características o especialmente logradas, y cuáles piensa usted que requiere reforma?

En verdad, la ya antigua y frecuentemente reformada Constitución mexicana puede dejarse *ver* en el panorama comparado mundial: en sus principios, contenidos y procedimientos, tanto en lo lingüístico como en lo conceptual, aunque algunas partes requieran reformarse, para lo cual propongo el procedimiento, ensayado recientemente en Suiza, de la *Nachführung*,² sobre el cual diré algo enseguida. La calidad de una Constitución en el Estado constitucional se mide por las *funciones* que aquélla debe desempeñar y por la posición y el valor reales y vividos que ha adquirido en una sociedad civil abierta. Entre las funciones de la Constitución se pueden mencionar: no permitir que haya más Estado del que la Constitución misma constituya; ser *estímulo y límite*, en expresión de mi *abuelo científico* Rudolf Smend, transmitida por mi maestro Konrad Hesse; ser *norma y tarea* (Ulrich Scheuner); limitar al poder estatal y al social; garantizar un proceso político libre (Horst Ehmke), así como ser un proceso público (lo que se expresa, por

² Este concepto es difícil de traducir de manera precisa. El profesor Häberle explica más adelante, con gran claridad, de qué se trata. Equivale a una refundición y actualización del texto, pero no se limita a ellas.

ejemplo, en los votos particulares de los jueces constitucionales, los cuales pueden desplegar fuerza normativa en el tiempo, como sucede en los Estados Unidos y en Alemania). Pero, sobre todo, la Constitución tiene que ser cultura, como *forma marcada* que se desenvuelve de manera vital, para retomar aquí una expresión de Goethe y de Hermann Heller. En mi opinión, la Constitución no es sólo un conjunto de reglas jurídicas, sino también una guía cultural para el ciudadano. Frente a este trasfondo menciono de entrada dos aspectos positivos. Primero, me alegran las oportunidades de crecimiento de que goza actualmente el *federalismo* en México. Cuatro entidades federativas ya cuentan con una jurisdicción constitucional propia; en Alemania consideramos la justicia constitucional local como manifestación de la *autonomía constitucional* de los *Länder* y su naturaleza de estados. Conozco los buenos volúmenes sobre derecho procesal constitucional coordinados por Eduardo Ferrer MacGregor.

Mencionemos los diversos conceptos de federalismo: el llamado *separative* o *dual federalism*, el *federalismo cooperativo* y —más reciente— el que denomino “federalismo fiduciario”, en el que se produce, *en el tiempo*, una solidaridad más elevada de la Federación y las entidades federativas más fuertes hacia las más débiles (como ha ocurrido en la Alemania reunificada desde 1990 —¡con una transferencia de cerca de cien mil millones de euros anuales!— y que ahora se demanda también en Italia como *regionalismo fiduciario* en relación con el Mezzogiorno). En términos de *una teoría mixta del Estado federal*, deberían hacerse realidad, con flexibilidad en el tiempo y en el espacio, elementos de las tres concepciones de federalismo (la *división vertical de los poderes* sigue siendo importante). Es de rechazarse tanto el *federalismo de la competencia* —que entre nosotros es promovido actualmente de manera unilateral a costa de la pluralidad cultural— como una tendencia excesivamente fuerte hacia el unitarismo. El equilibrio entre la pluralidad más amplia posible y la homogeneidad indispensable es el *secreto*, y si se quiere, el *alma*,

del federalismo (lo cual también es aplicable a la estructura pre-federal de la Constitución europea).

En segundo lugar, el artículo 3o. de su Constitución es ejemplar. No es casualidad que lo haya redactado un escritor en los años cuarenta, según he aprendido de ustedes. Los fines de la educación son especialmente ricos en contenido cultural y referencias a la ciudadanía. Aunque su naturaleza sea de *soft law*, los fines de la educación, junto con el preámbulo, del que desafortunadamente carece México (en Suiza, el escritor A. Muschg participó en la concepción de ambos), constituyen el corazón de la Constitución. Gracias a las Constituciones de los *Länder*, en Alemania contamos con un canon común de *finés de la educación*, referencias a la divinidad, principios de tolerancia y solidaridad, con el respeto a la dignidad del otro y la educación para la democracia y la reconciliación de los pueblos, y en parte también el respeto a otras culturas. El artículo 3o. de su Constitución es un cuadro ejemplar del tema constitucional de los fines de la educación, aunque en él cabría incorporar todavía (según el ejemplo alemán), como tema novedoso, la *protección del ambiente*.

Animado por la confianza de ustedes, me permito plantear una cuestión crítica en relación con el *control judicial de los partidos políticos*, los cuales gozan en México de un estatus público especial y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales electorales. ¿No hay acaso aquí necesidad de reforma? En este punto podría ser de ayuda la mirada comparativa hacia Alemania. Entre nosotros los partidos políticos son asociaciones civiles (como la Unión Cristiano-Demócrata, CDU) o asociaciones sin personalidad jurídica (como el Partido Socialdemócrata Alemán, SPD). Para la solución de las controversias entre sus miembros, los partidos cuentan, en primer término, con tribunales arbitrales internos, de conformidad con el §34 de la Ley de Partidos, luego, la controversia pasa a los tribunales civiles ordinarios, los cuales, claro está, tienen que tomar en cuenta los criterios valorativos de la Constitución (artículo 21, inciso 1, frase 2, de la Ley Fundamental) y el debido proceso interno de los partidos. Sólo

hasta que se ha agotado la vía judicial tendría la última *palabra* el Tribunal Constitucional Federal alemán, por la vía del recurso constitucional (tema de relevancia actual en el caso del diputado del Partido Liberal, FDP, Jürgen Möllemann). Creo que las discusiones actuales en México en torno a la reforma de los tribunales electorales deberían proponer que se limite su intervención en la vida interna de los partidos.

Por cierto, soy admirador del gran jurista mexicano Mariano Otero, por su contribución al juicio de amparo, y por ello me dio alegría encontrar una estatua suya en la Suprema Corte de Justicia —en la cual tuvimos el honor de ser recibidos por su presidente—, aunque el interior del edificio no me agradó, pues, si me permiten decirlo, los murales tienen un efecto casi totalitario que atemoriza al ciudadano que pide justicia.

Otra controversia actual en México se refiere a la posibilidad del control judicial de la constitucionalidad de las *leyes de reforma a la Constitución*. En México no hay una *cláusula de eternidad* según el modelo de Noruega (1814), de la Ley Fundamental alemana (artículo 79, inciso 3) y de las recientes Constituciones portuguesa (1976) y Española (1978). El derecho constitucional *anticonstitucional* es teóricamente posible, por lo que las leyes de reforma constitucional están sometidas al control del Tribunal Constitucional Federal alemán. La cuestión es si en *toda* Constitución escrita no existe un *bloc des idées incontestables no escrito*, garantías de identidad constitucional que también tiene que respetar el órgano reformador de la Constitución, como la dignidad humana y la democracia, los derechos humanos y la división de poderes, la protección de las minorías y el principio de igualdad. De cualquier modo, hay que otorgar al órgano reformador de la Constitución un margen de acción política *amplio*, por lo que no resulta conveniente el *activismo* de los tribunales constitucionales en esta materia.

Sobre los derechos humanos y fundamentales quiero expresar el siguiente comentario: soy contrario a las *clasificaciones* de todo tipo, tan populares en Alemania, que en forma casi escolás-

tica contraponen entre sí las *generaciones de derechos*. Los derechos originarios poseen, de entrada, varias dimensiones y tienen que ser interpretados a partir de su *fundamento*. Con razón señaló la conferencia de Naciones Unidas, de 1993, que los derechos humanos son “innatos, inalienables e indivisibles”. Así, de la protección a la dignidad humana se deduce un derecho justiciable a la ayuda social, como lo ha reglamentado de manera ejemplar la nueva Constitución federal de Suiza (2000/2001). Aquí no se trata de cualesquiera *generaciones* de derechos.

Por último, quiero referirme a la cuestión del *procedimiento de revisión de la Constitución*. En mi opinión, la Constitución mexicana no requiere una revisión total, ni formal ni material, sino que bastan las modificaciones parciales. Sin embargo, estas modificaciones deberían llevarse a cabo por la vía de la actualización (*Nachführung*) según el ejemplo suizo. Esto significa reelaboración lingüística, sistematización del texto para superar los remiendos de las reformas puntuales, recepción de los avances en la jurisprudencia y la doctrina, que ya se hayan convertido en derecho constitucional material, y en conjunto creación de mayor transparencia para la *realidad* constitucional, así como la mayor cercanía posible al ciudadano en cuanto al idioma, si bien hay partes en toda Constitución que deben conservar un lenguaje técnico especializado (como por ejemplo, en cuestiones de competencias y atribuciones).

El concepto de cultura constitucional es central en su obra científica; usted mismo ha desarrollado una diversidad de elementos de la cultura constitucional común europea. ¿Sería posible aventurar algo análogo en relación con América? ¿Reconoce usted ya algunos elementos de una cultura constitucional común americana?

Yo propuse el concepto de *cultura constitucional* en 1982, y en 1979 el de cultura de los *derechos fundamentales*, como aspecto parcial de aquélla. Dicho concepto comprende los contextos culturales de una Constitución escrita; tematiza el cambio

cultural; integra los textos vivos de los clásicos (en tanto textos constitucionales en sentido amplio), desde Aristóteles hasta Hans Jonas, pasando por Montesquieu; sensibiliza a la ciencia del derecho constitucional frente a las concepciones de los ciudadanos (por ejemplo, en materia de religión), y convierte en punto de partida la libertad *cultural*, no la llamada libertad *natural*. La cultura constitucional abre el concepto de Estado constitucional hacia las *fuentes del consenso emocional*, como los días festivos, las banderas y los himnos, los nombres de calles, plazas y monumentos, e incluso es capaz de abarcar traumas como lo es el accidente nuclear de Chernobil para Ucrania. Los conceptos y las cláusulas generales que con tanta frecuencia se encuentran en las Constituciones se entienden justamente a partir de su *humus cultural*. Los fines de la educación y los preámbulos son un tema especialmente productivo para este enfoque de tipo cultural.

El concepto de cultura del que se parte tiene que ser un concepto *abierto, pluralista*: la *alta cultura*, la *cultura popular*, las *subculturas* se fecundan mutuamente. Y no hay que olvidar que hay transformaciones entre estas formas de cultura: ¡los Beatles se han convertido en parte de la alta cultura clásica!

Son elementos de la *cultura constitucional común europea*, además de la democracia y el Estado de derecho, la división de poderes, los derechos humanos y un nivel mínimo de seguridad social. A esto se agrega el elevado rango que posee la dogmática científica, la neutralidad confesional del Estado, con sus diversas variantes: desde el principio de la estricta separación entre Estado e iglesias (por ejemplo, en Neuenburg) hasta las formas cooperativas que existen en Alemania. En Europa el concepto de *derecho eclesiástico del Estado* tiene que ser reemplazado por el de *derecho constitucional de la religión*, si tomamos en cuenta que en Francia el islam es ya la segunda religión en importancia, y entre nosotros la tercera. La independencia del Poder Judicial, que es producto de duras luchas, junto con las garantías del debido proceso, como el derecho de audiencia y la imparcialidad del juez (confirmadas recientemente por el Tri-

bunal de Derechos Humanos en el caso *Öcalam*), forman parte de esa cultura común, así como también el núcleo de los valores universales, como la dignidad humana, no obstante la particularidad de ciertos valores europeos, que se manifiestan en el derecho constitucional de Europa en sentido estricto, esto es, el de la Unión Europea, junto al derecho europeo en sentido amplio, el de la Convención Europea de Derechos Humanos o la Convención sobre Seguridad y Cooperación en Europa. El *derecho constitucional común europeo* se caracteriza por su historicidad, que supera las fronteras nacionales, así como por sus principios (J. Esser), lo que le permite abrirse hacia el futuro; ello resulta tangible, por ejemplo, en las *disposiciones generales directivas* del derecho constitucional ambiental nacional y europeo.

En mi conferencia he tratado de elaborar los contornos de un *derecho constitucional común americano*. Me permito remitir a la sobresaliente traducción que usted, doctor Fix-Fierro, ha hecho en el texto ya publicado.³ La analogía tiene que ser prudente, pues hay diferencias y semejanzas entre las culturas jurídicas europea y norteamericana-canadiense: esta última se encuentra marcada por el *common law*, la latinoamericana por lo europeo-continental. La diversidad de lenguas en América del Norte, donde predomina el inglés, es menor; en el sur, el español (además de las lenguas nativas). En el norte de América predomina la Constitución de los Estados Unidos, con su continuidad ininterrumpida, a diferencia de Europa, en donde basta pensar en Francia, con sus cinco repúblicas y numerosas revoluciones, a través de palabras y fechas clave como 1789, 1791, 1793, Napoleón, la *Charte Constitutionnelle* (1814), el regreso de los Borbones, las revoluciones de 1830 y 1848, Napoleón III, la Tercera República, etcétera. Alemania no está en mejor situación debido a la oportunidad perdida durante la revolución de 1848; piénsese también en ambos estados totalitarios, el del

³ “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, pp. 1-83.

nazismo y el de la República Democrática Alemana. En el continente americano, la dinámica unificadora del TLC y del Mercosur es mucho más débil que la de la Unión Europea, pero es posible que la integración económica tenga efectos de *spillover* sobre la integración política y cultural. Una diferencia más entre las culturas jurídicas de América del Norte y Europa radica en la fuerte posición del juez en el sistema del *common law*, en los distintos sistemas de formación de los juristas, en el papel particular de las escuelas de derecho privadas en los Estados Unidos. Por último, son muy distintos el concepto y el entendimiento de lo que es la *nación* en toda América y en la antigua Europa. En resumen: el *jus commune americanum* podría abarcar en alguna medida a los Estados Unidos, sobre todo en lo que se refiere a los *estándares comunes americanos de los derechos humanos*. Resultan relevantes en este sentido el trato con las dictaduras latinoamericanas y su superación, lo mismo que la tesis de que puede haber espacios vacíos para el derecho y de que el derecho internacional exige, por ejemplo, un mejor trato a los presuntos terroristas detenidos en Guantánamo, Cuba. Tiene aquí la palabra el espacio público común americano.

Usted siempre ha promovido la idea del jurista europeo. En consonancia con sus explicaciones sobre el ius commune americanum, ¿qué es lo que caracterizaría la figura del jurista común americano?

Desde hace muchos años he tratado de esbozar el modelo del *jurista europeo*. Inspirado por una frase de Goethe “quien no conoce las lenguas extranjeras, no conoce ni la propia”, yo diría que quien no conoce las culturas jurídicas de otros países, tampoco conoce la del suyo. Solamente a través de la comparación se conoce la propia identidad y se puede abrir uno hacia el otro. Frente a este trasfondo es que he planteado la tesis de la comparación jurídica como *quinto* método de la interpretación jurídica (1989). El jurista alemán se convierte en jurista euro-

peo cuando aprende al menos una segunda lengua y estudia los *principios generales del derecho* de otra cultura jurídica nacional. Los “principios generales del derecho” que se derivan de la comparación jurídica valorativa son el vehículo de la unificación europea. Esto no significa relativizar la *identidad nacional*, sino su integración en el conjunto europeo. Con razón hablaba Thomas Mann de la “Alemania europea”.

Ya he señalado algunas características del jurista común americano. De relevancia para él será, por ejemplo, la consideración de algunos elementos de las culturas indígenas para el sistema jurídico (¡un jurista alemán, Kohler, escribió un libro sobre el derecho azteca!); también es necesario que reflexione sobre el arbitraje y sobre la cuestión de cuándo deben designarse jueces nacionales en un tribunal internacional. Por último, el *desarrollo sustentable* será sin duda un problema que enfrentará el jurista común americano.

En cuanto a la pregunta de cuál sea la *identidad de Europa*, la respuesta tiene que ser interdisciplinaria y basarse en la ciencia cultural, pero ello sobrepasa mis capacidades. En términos generales, uno de sus elementos es la *autonomía de la persona*, conquistada tempranamente por Atenas frente al imperio persa, pero desarrollada artística e intelectualmente en contraposición a la influyente cultura del antiguo Egipto (desde la estatuaría de las imágenes de los faraones hasta la escultura de Praxiteles y la filosofía de Aristóteles).

Volviendo a México: nuestro Instituto ha realizado, inspirado en sus trabajos sobre la cultura constitucional, la que quizá sea la primera encuesta sobre las percepciones de los ciudadanos respecto de la Constitución. En relación con ella, le agradeceríamos que nos pudiera ofrecer propuestas adicionales y sugerencias teóricas.

Considero la encuesta llevada a cabo por su Instituto como una contribución pionera de primer nivel, sin precedentes, hasta

donde conozco, en Europa o el resto del mundo.⁴ La encuesta debe hacer escuela, tanto en sus métodos como contenidos, al servicio del tipo del Estado constitucional y de sus procesos de crecimiento interno y de difusión externa. De este modo se esboza una sociología de la cultura de la Constitución, entendida como sociología cultural de la Constitución y como sociología de la cultura constitucional. En este sentido adquiere relevancia la actualización permanente de la *memoria colectiva* de un pueblo. La pregunta 24⁵ podría plantearse con mayor detalle, para referirse no sólo a las “necesidades del país”, sino a las necesidades de los ciudadanos, los grupos, las religiones, las llamadas minorías, los extranjeros, a quienes también hay que tomar en cuenta. En relación con la pregunta 25⁶ podría considerarse el proceso de renovación de la Constitución suiza. El doctor Kotzur opina, con razón, que si los ciudadanos desean cambio o continuidad depende también del planteamiento de la pregunta. La voluntad de cambio y la necesidad de continuidad son magnitudes tanto emocionales como racionales, pues el ser humano mismo está *hecho* como ser emocional y racional. Suponemos también que, con frecuencia, los ciudadanos saben más sobre la Constitución de lo que ellos mismos están conscientes. También es conveniente hacer una distinción entre la Constitución y los campos jurídicos subconstitucionales, como el derecho penal. Además del importante papel que desempeñan los medios de comunicación como intermediarios, y que su encuesta documenta de manera impresionante, también pueden desempeñar esta trascendente función la escuela pública y los juristas; en consecuen-

⁴ Concha, Hugo A. *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM-TEPJF-Cofemer, 2004.

⁵ “Por lo que usted piensa, ¿la Constitución que tenemos ahora es adecuada para las necesidades que tiene el país, o ya no responde a las necesidades del país?”.

⁶ En su opinión, ¿qué sería preferible: hacer una Constitución nueva, cambiarla sólo en parte o dejarla como está?”.

cia, la formación de los juristas y la garantía por parte del Estado de su elevada calidad adquieren mayor relevancia.

Permítanme todavía algunas observaciones sobre el modelo teórico de su encuesta que encuentro tan fascinante. Se trata de la relevancia del entendimiento previo, no jurídico, de la noción y el concepto de *Constitución*, de una Constitución que no es sólo un conjunto de reglas jurídicas, sino también expresión de la herencia cultural de un pueblo, fundamento de sus esperanzas y espejo de su identidad. La encuesta es consecuencia de la teoría de la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* (1975), es decir, de la idea de que cualquiera que viva la norma contribuye en primera y última instancia a su interpretación: así, el ciudadano que interpone un juicio de amparo, una petición, o una acción popular como la que establece la creativa Constitución de Colombia, lo mismo que el ser humano que pone a prueba los límites de la libertad de religión. La concepción de la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* vive de dos preocupaciones: por un lado, de la *democratización* de la interpretación constitucional y, por el otro, del impulso *teórico* que deriva del ejercicio práctico de los derechos fundamentales para la comprensión jurídica de estos derechos. Las Constituciones tienen que crear posibilidades de identificación para el ciudadano, razón por la cual los fines de la educación, ya mencionados, tienen una importante tarea por delante. El que algunas Constituciones de los *Länder* alemanes dispongan hoy, como en la época de Weimar, que al concluir sus estudios en la escuela se les entregue a los alumnos un ejemplar de la Constitución, es más que un gesto final. La escuela de la nación se convierte en *escuela de la Constitución*, de la Constitución como fin de la educación. A largo plazo, sus encuestas científicas pueden hacer que la conciencia constitucional de los ciudadanos madure en instrumento de la pedagogía constitucional. Además, estas encuestas sirven también para preparar proyectos de reforma constitucional, plebiscitos, referendos y otras consultas ciudadanas; el elemento de comprensión promovido por la encuesta puede dar apoyo al pro-

ceso constituyente en conjunto, así como preparar y fortalecer el factor de decisión del ciudadano como sujeto de imputación de todo cambio constitucional.

Ahora una pregunta sobre la vinculación entre bienestar y democracia. La distancia entre pobres y ricos constituye un desafío para cualquier Estado constitucional y para la democracia pluralista. La democracia semidirecta en Suiza es ejemplar; casi cada mes hay votaciones y elecciones en los tres ámbitos (municipal, cantonal, federal). Para usted, ¿qué cuestiones se derivan de ello?

Existe quizá una conexión pluridimensional entre bienestar y democracia. Desde el punto de vista histórico llama la atención que el texto clásico de Adam Smith sobre *La riqueza de las naciones*, con su imagen de la “mano invisible”, afín a la “astucia de la razón” de Hegel, se haya publicado en 1748. En el mismo año apareció *El espíritu de las leyes* de Montesquieu, con su teoría fundamental sobre la división de poderes, la que en la actualidad se ha convertido en texto constitucional escrito en sentido estricto y permanece como texto clásico eterno sobre el Estado constitucional, con todas sus variantes y desarrollos: desde la división vertical de los poderes en el Estado federal hasta la división social de los poderes entre patrones y trabajadores, o la llamada división de poderes comunicativa entre los medios impresos y la televisión. Sin duda, el Estado constitucional crea condiciones marco para el crecimiento de la riqueza: las libertades económicas de los empresarios, pero también la libertad de asociación de los trabajadores, cuya fuerza deriva sólo de su organización colectiva en sindicatos.

Históricamente, la evolución hacia la democracia se logra frecuentemente como sola consecuencia de la apertura hacia la competencia económica. Ejemplo de ello es el régimen de Franco en la España de los años setenta. Además de esta relación positiva entre economía y Estado constitucional democrático, hay

también problemas de *delimitación*: un poder económico excesivo puede convertirse en peligro para la libertad y la democracia; ejemplo preocupante de ello es el poder casi monopólico sobre los medios de comunicación de que disfruta Berlusconi en Italia. Por ello existen en Alemania y en Europa leyes sobre la fusión de empresas periodísticas, leyes contra el abuso del poder económico, etcétera.

El Estado social es una respuesta, orientada a la justicia, frente al Estado de derecho puramente formal. El Tribunal Administrativo Federal alemán consideró, ya desde 1951, que de la dignidad humana se deriva un derecho justiciable a la ayuda social. La Constitución de Guatemala consagra, con razón, un canon completo de derechos sociales mínimos. Aunque el Estado constitucional establece límites al excesivo poder del mercado, la globalización de la economía crea nuevas zonas de peligro. En última instancia, solamente la cultura en lo pequeño y en lo grande puede servir como *ancla de salvación*. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán considera el principio de un *suministro básico* por los medios de comunicación como mandato para la televisión pública (información pluralista, principio de suministro cultural básico). Habría que generalizar este principio, por ejemplo, en las tareas culturales de los municipios. Los límites de la privatización, hoy propagada hasta el exceso, son difíciles de determinar. El mercado no es la medida de todas las cosas, ni es la medida del ser humano. El *homo oeconomicus* es una figura artística desviada, la imagen del ser humano del Estado constitucional no es idéntica a la del maximizador racional. El ser humano vive también de su *emotio* y no piensa sólo en la utilidad económica; el gen cultural de la humanidad no es una magnitud que pueda reducirse solamente a lo económico.

¿Cómo juzga usted la cuestión del mercado y de la economía de mercado? ¿Cuáles son las oportunidades y los límites que encuentra usted en la privatización? Para nosotros tiene particular interés el mercado en el marco del Tratado de Libre Comercio de

América del Norte. ¿Puede decirnos algo sobre el concepto clave del “comercio como cultura”?

El papel del mercado y de la economía de mercado en el Estado constitucional es importante, creador, dentro de los límites ya señalados. En este sentido sigue siendo válida la frase de F. A. von Hayek sobre el mercado como “proceso de descubrimiento”. La libre competencia promueve también el proceso de unificación política, como puede observarse en Europa. El libre mercado en el marco del TLC y la zona del Mercosur sirven en cierto modo como vehículo de la unidad de los pueblos de Latinoamérica y América del Norte. El TLC, en cuanto etapa previa de procesos intensivos de interpretación, podría aprender algunas cosas de la historia de la unificación europea, la cual tuvo sus comienzos en una *comunidad económica* que se ha convertido en una *comunidad constitucional*. Pero me gustaría recordar nuevamente los *límites irrenunciables* que provienen de la cultura. Sin ella, el ser humano caería en un abismo, sin fondo ni razones culturales; perdería su identidad, como se perdería también la de cualquier pueblo. La cultura enseña a todos la marcha erguida (Bloch). El mercado tiene importancia puramente instrumental, aunque haya paralelismos entre la libre competencia de las ideas en el sentido de Popper y la competencia entre mercancías y servicios.

En México, algunos estados (Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Chiapas) han comenzado a establecer, desde hace pocos años, sus propios órganos de justicia constitucional. ¿Qué importancia atribuye usted a la existencia de una jurisdicción constitucional propia en las entidades federativas de un Estado federal? ¿Qué podría aprender México del ejemplo alemán?

En un Estado federal es muy conveniente dejar a las entidades federativas espacio suficiente para una jurisdicción constitucional propia, pues es expresión de su *autonomía constitucional*, fortalece su vida constitucional frente a las demás entidades y

la Federación y contribuye a convertir el conjunto en un *taller constitucional*.

En Alemania la jurisdicción constitucional de algunos *Länder* es incluso más antigua que la Ley Fundamental de 1949. Así, por ejemplo, Baviera estableció ya entre 1946 y 1947 una floreciente jurisdicción constitucional, mientras que el *Land* (rojo) de Hesse puso una especie de *contrapunto*. De los 16 *Länder* actuales, 15 poseen una jurisdicción constitucional propia (con la excepción de Schleswig-Holstein, que la ha delegado en el Tribunal Constitucional Federal). Ello lleva a una feliz situación de competencia, a un dar y recibir en las sentencias y los textos. Puede incluso mostrarse que el Tribunal Constitucional Federal ha recibido la influencia de un tribunal constitucional local (sobre todo en sus primeros años). En la actualidad, el Tribunal Constitucional Federal les concede conscientemente más espacio a las competencias de los *Länder*.

También los nuevos *Länder* han construido, después del *annus mirabilis* de 1989 y la fortuna de la reunificación, una vigorosa jurisdicción constitucional. Si bien sus competencias siguen el modelo de la Ley Fundamental (sobre todo, el recurso constitucional, las controversias orgánicas, el control abstracto de las normas), también hay diferencias significativas. Así, por ejemplo, Baviera introdujo la acción popular en relación con la limitación de los derechos fundamentales, igual que Colombia; en algunos *Länder* hay el juicio de responsabilidad a diputados (por ejemplo, en Baviera), revisión de las cuestiones electorales (por ejemplo en Turingia, 1993), el recurso constitucional municipal (así en la Constitución de Sajonia-Anhalt). También hay diversidad en las cuestiones relativas a elecciones. En la Constitución, bastante innovadora, de Brandemburgo (1992) se estableció una audiencia con los candidatos a magistrados constitucionales ante un comité del Parlamento del *Land* (artículo 112, inciso 4), como sucede en los Estados Unidos ante el Senado; esto tiene el propósito de limitar los regateos de los partidos políticos. También hay diferencias en relación con el número de

magistrados constitucionales y su designación entre los miembros de la judicatura o entre los legos.

En resumen: el establecimiento de tribunales constitucionales locales contribuye a la vitalidad de una entidad federativa, pues es capaz de ofrecer un elemento de experimentación y competencia. No recomendaría para México la introducción de un día para otro de una jurisdicción constitucional completa, sino que habría que ir desarrollando poco a poco las diversas competencias que comprende. También habría que pensar en poner el tribunal constitucional local conscientemente al servicio de la protección de las minorías en los estados donde hay indígenas. Las experiencias alemanas con los 15 tribunales constitucionales son en general positivas, aunque ha habido sentencias desafortunadas en algunos casos (así, por ejemplo, en el caso Honecker ante el tribunal constitucional del *Land* de Berlín).⁷

Se ha sostenido que en las sociedades de alta inmigración el derecho tiene una función más relevante para la cohesión social que en las sociedades que son culturalmente más homogéneas. En términos generales, ¿coincide usted con este punto de vista?

El Estado constitucional moderno en su actual etapa de desarrollo conoce países típicos de inmigrantes que deben responder mediante su orden jurídico a los desafíos que la inmigración conlleva. Canadá o los Estados Unidos son ejemplo de países típi-

⁷ Después de la reunificación, Erich Honecker (1912-1994), antiguo presidente del Consejo de Estado, y otros altos funcionarios de la extinta República Democrática Alemana, fueron detenidos y sometidos a proceso, acusados de dar la orden de disparar contra los ciudadanos que intentaran cruzar ilegalmente la frontera entre las dos alemanias, muchos de los cuales murieron en dicho intento. Mediante sentencia del 12 de enero de 1993, el Tribunal Constitucional de Berlín anuló la detención preventiva de Honecker con el argumento de que violaba su dignidad humana, habida cuenta de que se hallaba desahuciado por los médicos y de que era prácticamente seguro que no viviría hasta el final del juicio. El Tribunal fue duramente criticado, pues su sentencia permitió a Honecker salir de Alemania y escapar a Chile, donde falleció al año siguiente.

cos en este sentido. En Alemania se dijo durante mucho tiempo que “no somos país de inmigrantes”. Apenas en los años más recientes se han ocupado los partidos políticos de la fuerte inmigración que desde hace años se ha producido en los hechos. Y ya era tiempo que lo hicieran. Se hicieron modificaciones en las leyes de nacionalidad y en el campo de la educación, en donde el problema se presenta de manera bastante dramática, pues hay escuelas (por ejemplo, en algunos sectores de Berlín) en que la mayoría de los alumnos es de origen turco.

El Estado abierto a la inmigración tiene que reaccionar ante los nuevos desafíos con el instrumental diferenciado del orden jurídico. En los Estados Unidos los ciudadanos naturalizados prestan juramento sobre la Constitución, mientras que en Alemania se exige informalmente, como *profesión de fe*, el conocimiento de la lengua y de la Ley Fundamental. Sin embargo, no hay que sobreestimar ni tampoco subestimar las posibilidades que ofrece el derecho. Sin duda, se trata de un instrumento para lograr la integración social, comenzando con los fines de la educación y la cultura como *soft law* en las Constituciones de las entidades federativas y concluyendo con las funciones resocializadoras del derecho penal en los casos extremos. Pero hay entre nosotros fuertes controversias, como la relativa a la prohibición del velo islámico en las escuelas. ¿Existe en Alemania una *cultura de la multiculturalidad*? ¿Es posible tal cultura? En países muy homogéneos culturalmente los instrumentos de integración jurídica pueden ser más *suaves*, ya que la cultura viva, en tanto *ambiente*, descarga al derecho de muchas tareas. Suiza ha logrado la suerte de ser relativamente homogénea y al mismo tiempo vivir una gran pluralidad (por ejemplo, en la libertad lingüística que se da al menos a los idiomas alemán, francés e italiano). Sin embargo, Suiza plantea altas exigencias a sus inmigrantes. La película *Der Schweizermacher*⁸ ha mostrado esto de manera irónica. En principio comparto su opinión, querido amigo y colega

⁸ Literalmente “El hacedor de suizos”.

Valadés. Ciertamente hay que tomar en cuenta los límites de lo que puede lograr el derecho. Un grado excesivo de dureza o una reglamentación demasiado intensiva lo privan de eficacia y credibilidad, creando un problema de aceptación.

Nosotros estamos particularmente preocupados por la educación jurídica. ¿Cuáles deberían ser los puntos centrales de esta educación?

La formación de los juristas se ha convertido también en un problema para nosotros en Alemania. Hay reformas en proceso que pretenden lograr una mejor preparación para el ejercicio profesional, sobre todo el de abogado, y el objetivo de acortar y abaratar los estudios parece ir a costa de las materias básicas, como la filosofía, la historia y la sociología del derecho. Yo mismo sigo adherido al ideal universitario alemán. Wilhelm von Humboldt, hermano de Alexander, el promotor de México a quien se ha llamado “segundo descubridor” de América y clásico de las ciencias naturales y culturales de este continente, ese Wilhelm Humboldt formuló el ideal de la unidad entre investigación y docencia, entre los docentes y los alumnos (lo que es posible, sobre todo, en un pequeño seminario o aquí en su Instituto). Para él, la ciencia es “búsqueda eterna de la verdad”, frase que el Tribunal Constitucional Federal ha canonizado como texto clásico. La universidad y la economización conllevan peligros para este ideal. En lugar de promover la investigación básica, el Estado pretende lograr una utilidad rápida. Con frecuencia la mirada se desvía hacia los Estados Unidos, pero el modelo norteamericano no puede trasladar sin más. Las escuelas de derecho privadas son financiadas por particulares, son muy costosas, aunque las becas crean cierta compensación social, la cultura de los ex alumnos logra establecer fuertes vínculos con su antigua universidad. También hay que recordar que hay grandes diferencias cualitativas entre las universidades de los Estados Unidos. En la Alemania Federal existe una similar y elevada cultura de universidades

y facultades. En varias entidades federativas se encuentran buenas facultades de derecho.

De los problemas de la formación jurídica en México sé demasiado poco. Lo único que puedo hacer es reafirmar la demanda alemana de no permitir que la enseñanza jurídica se degrade al nivel de una “escuela superior técnica” y de sostener el carácter científico del estudio del derecho. Los estudios para ejercer la profesión de abogado merecen un gran apoyo cualitativo. En Alemania se considera al abogado incluso como “órgano de la administración de justicia”, en virtud de los servicios que presta a la justicia. Un especial desafío es el que plantea en la actualidad el jurista entrenado en el derecho europeo.

La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es uno de los temas de su vida. Para finalizar nuestra entrevista, ¿podría usted explicar este concepto y, en este contexto, referirse a las posibilidades de desarrollo de una comunidad de científicos abierta en el mundo?

El paradigma de la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* ya he intentado desarrollarlo un poco. Para completar diría lo siguiente: los cuatro métodos clásicos de la interpretación jurídica (a partir de Savigny, 1840) no se hacen superfluos, sino que permanecen, contribuyendo a la autodisciplina de los juristas y a aligerar la vía científica hacia la justicia. La metodología en Suiza y entre nosotros está sumamente consciente del *pluralismo* de los métodos de la interpretación. Nadie puede prescribir al juez cuál de los métodos es preferible en el caso concreto. La combinación de los métodos permanece abierta, guiada por la experiencia judicial y, en última instancia, por el recurso a las concepciones de la justicia. En este sentido resulta indispensable el contacto con las teorías de la justicia, desde Aristóteles a John Rawls. La comparación jurídica, postulada como *quinto* método de la interpretación, puede llegar a ser el *primero* en un caso concreto, *antes* de examinar el sentido gramatical del texto,

sus antecedentes, su lugar sistemático o sus finalidades. Resulta notable que los votos particulares en el Tribunal Constitucional Federal alemán recurran frecuentemente a la comparación jurídica como modo especial de legitimación. Los tribunales constitucionales en Roma o Madrid no siempre revelan de manera abierta el que previamente han llevado a cabo una revisión comparativa. En cambio, los tribunales constitucionales europeo en Luxemburgo y alemán en Karlsruhe llevan a cabo, de manera *declarada*, una *comparación jurídica* valorativa.

Un sector de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es el de la comunidad global de *científicos* que se ocupan del Estado constitucional. Así como su encuesta constituye un intento por devolver a los ciudadanos la Constitución nacional que de ellos proviene, así se ha abierto la comunidad mundial de los científicos. La internacionalización de las comunidades académicas nacionales en materia del Estado constitucional (las cuales, sin embargo, conservan su lugar propio), constituye un suceso afortunado para nuestra generación. En tal sentido hay que distinguir el lado institucional del personal. De una parte, a las relaciones bilaterales de intercambio (por ejemplo, en la asociación griego-alemana de juristas) se agregan cada vez más las multilaterales: sus coloquios iberoamericanos son un modelo en tal sentido, lo mismo que los encuentros regulares de los jueces constitucionales europeos. Su Instituto en la Ciudad de México es una voz líder en el mundo de los juristas de América Latina. Además de la *biblioteca virtual* que nos han mostrado y de su propio departamento editorial, lo que más me impresiona es la dirección de su Instituto: lo que el doctor Valadés ha logrado, de manera tan imaginativa y tan efectiva como prudente, es ejemplar. También me ha impresionado, por ejemplo, el esbozo que con gran soltura ha hecho de los problemas del desarrollo, desde la época de Gutenberg hasta la del Internet. Se trata de una pieza de ciencia cultural en la tradición alemana. La labor con el texto, que es una particularidad de las tres religiones del libro, constituye una herencia que va de Lutero hasta la hermenéutica

de Schleiermacher y Hans Georg Gadamer. A comienzos de la era moderna, Venecia ejerció influencia mundial a través de sus impresores y sus editores. Todo ello lo veo flanqueado por el puente especial hacia Alemania que ha construido el doctor Fix-Fierro a través de sus traducciones. El maestro Fix-Zamudio es uno de los grandes formadores de su Instituto. Desde Granada, el profesor Balaguer y su joven escuela contribuye en mucho, de manera institucional, a la construcción de puentes entre España y Latinoamérica (desde Perú lo hacen Domingo García Belaunde y César Landa). Así llegamos al segundo aspecto, el personal. Las amistades científicas fructifican a partir de lo personal, lo institucional es sólo una cubierta. Yo he podido experimentar de muchos y afortunados modos este lado personal durante mi estancia de nueve días en su Instituto en febrero y marzo de 2003.

Con independencia de las diferencias de lengua, el jurista posee hoy un idioma propio y universal, que son la gramática y el vocabulario del Estado constitucional. El que haya podido seguir aprendiéndolo en México, atendido de la mejor manera posible por ustedes dos, nos llena al doctor Kotzur y a mí de profunda gratitud. Ambos conocemos demasiado bien las insolubles aporías del derecho y de la Constitución, tanto en el plano nacional como en el internacional. Ese solo hecho nos conmina a la modestia. Quisiera hacer mención de la crisis de Irak o de las cuestiones que plantea el diagnóstico de preimplantación, de los límites en el combate del terrorismo y de la pobreza y el sufrimiento en todo el mundo. Nuestra ciencia tiene límites, pero a través de los encuentros amistosos como el nuestro, experimentamos, todos, el ánimo de seguir adelante, aun si los avances son fragmentarios, como dice Popper.

Muchas gracias también por esta entrevista, que como género literario goza de gran tradición en España y que hoy ha auspiciado un pequeño encuentro entre México y Alemania, como parte de la república internacional de los estudiosos.

México, febrero de 2003.

ENTREVISTA DE HÉCTOR LÓPEZ BOFILL POESÍA Y DERECHO CONSTITUCIONAL *

El profesor Peter Häberle, considerado uno de los grandes constitucionalistas europeos, ha vertebrado su teoría de la Constitución como ciencia de la cultura¹ incorporando la literatura y la poesía como elementos centrales en la comprensión de los textos constitucionales y como factores que contribuyen a la integración y a la estabilidad de las comunidades políticas. En esta conversación que tuvo lugar en Múnich el 23 de junio de 2003, en los albores del solsticio de verano, el profesor Häberle dialoga con su discípulo, Héctor López Bofill, también profesor de derecho constitucional y una de las más destacadas voces de la joven poesía catalana. La conversación discurre sobre literatura, constitucionalismo y los grandes retos del futuro, en particular, la Constitución europea y la fuerza de la cultura en la construcción política del continente.

“Aquello que permanece lo fundan por los poetas”, quería empezar con este célebre verso de Friederich Hölderlin, para reflexionar sobre el papel de la poesía en el orden político y la influencia de los textos clásicos en el Estado constitucional.

A lo largo de mi carrera he intentado explicar la influencia que la poesía y los textos clásicos de la literatura y del pensamiento

* Texto tomado de “Poesía y derecho constitucional: una conversación”, *Punto de Vista*, Barcelona, núm. 17, 2004, pp 7-29.

¹ Véase de entre sus múltiples aportaciones en este campo, una de sus obras emblemáticas, P. Häberle, *Verfassungslehre als kulturwissenschaft*, *Duncker & Humblot, Berlin*, 1998, parcialmente traducida al castellano en P. Häberle, *Teoría de la Constitución como la ciencia de la cultura* (trad. e introd. de Emilio Mikunda), Madrid, Tecnos, 2000.

ejercen en la Constitución como concepto de cultura. Los ejemplos son innumerables; para empezar podríamos citar a Schiller, quien ya estableció una relación directa entre poesía y política en las *Cartas sobre la educación estética del hombre*, o a Rousseau, que había escrito poesía además de sus conocidos textos filosóficos (¿qué es el concepto de voluntad general sino un concepto de matriz poética?). En la idea de textos clásicos se incluyen, asimismo, las grandes composiciones musicales, como ocurre con el *Himno a la alegría* de Beethoven que representa un texto clásico para Europa, tal como se infiere de los trabajos de la Convención que ha redactado el proyecto de una Constitución para Europa. Los textos clásicos cumplen una doble función: por un lado, conforman una crítica al Estado constitucional, al concepto de democracia o de Estado de derecho que en él se desarrollan — de ahí, por ejemplo, la frase lapidaria, la crítica poética, de Bertold Brecht: “todo el poder del Estado procede del pueblo, ¿pero hacia dónde va?”—; por otro lado, los textos clásicos representan una fuente de legitimación, buena expresión de ello sería el don Carlos de Schiller y la tensión entre la libertad originaria y la libertad otorgada. Estas serían cuestiones centrales en términos de derechos fundamentales, que se podrían particularizar en el derecho a la libertad de expresión, en el derecho de la libertad científica y en el derecho a la libre creación artística, proclamados en el artículo 5o. de la Ley Fundamental de Bonn.

Usted, en su obra, ha explicado extensamente la relación entre textos literarios y textos jurídicos. En este sentido, es interesante observar, como queda demostrado en su teoría de los niveles textuales, la interacción que se produce entre los conceptos emanados del genio artístico, que fueron plasmados en un texto clásico, y cómo se consolidó su recepción por parte del derecho constitucional.

Hay aspectos del derecho constitucional que son especialmente sensibles a la actividad creadora de los poetas. El preámbulo

lo de las Constituciones es un buen ejemplo, así como los enunciados empleados en los catálogos de los derechos. Los poetas proporcionan la suficiente dosis de utopía que orienta el sentido de la realidad constitucional. Podría citarse el caso de la nueva Constitución Federal Suiza de 1999, una parte de cuyo preámbulo fue concebida por el poeta suizo A. Mushg al proclamar que la fuerza del pueblo se mide en el bienestar de los débiles. Los valores derivados de algunos principios y objetivos constitucionales, como la tolerancia y la educación democrática, pueden fundarse en la formulación lingüística y en el contenido material enunciado por los poetas. En lo que atañe a los derechos fundamentales, sólo habría que referirse a la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo éxito universal fue en parte propiciado por el carácter contundente, sugestivo y penetrante del estilo que le confirieron algunos de los literatos reunidos en la Asamblea Nacional francesa como Mirabeau.

Si la poesía está en el origen del orden constitucional, también podría afirmarse que la poesía es un medio de interpretación de los conceptos constitucionales. La interpretación se extrae de una sistemática de las distintas partes (preámbulo, contenido de los derechos y objetivos o fines constitucionales) en relación con la palabra poética que los estableció.

No debemos ni sobreestimar ni subestimar las funciones y las posibilidades de la poesía en el desarrollo jurisprudencial. La poesía, como arte, conforma la garantía de libertad artística en el sentido del artículo 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn, o del correspondiente artículo de la Constitución Española (artículo 20.1 b) CE). Por ello, resulta imposible elaborar una interpretación del concepto de libertad artística sin tener en cuenta lo que los propios poetas y otros artistas han definido como arte y libertad artística. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica puede establecerse la relevancia de la autocomprensión en la interpretación del derecho fundamental en liza. El ejemplo también se pro-

yecta en el derecho a la libertad de producción científica, cuyo contenido y límites deben ser determinados por la propia comunidad científica. A mi juicio, el derecho de la creación artística constituye una de las garantías fundamentales en un sistema de protección de derechos fundamentales y, por ello, una remisión genérica al derecho a la libertad de expresión, como ocurre en algunas Constituciones, es insuficiente —en Alemania ya existía un precepto específico en la Constitución de Weimar—. El derecho a la creación artística merece una protección particular en un precepto concreto y deslindado de la libertad de expresión que se corresponda a la autonomía del arte y de los artistas.

Las relaciones entre literatura y derecho se remontan a los mismos orígenes de la ciencia jurídica. Es significativo, como recuerdan los profesores Antonio López Pina e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez en sus Elementos de derecho público, que el fundador de ciencia jurídica, Appio Claudio “El ciego”, responsable de la publicación de los primeros formularios procesales, se considere, al mismo tiempo, el fundador de la literatura latina. Del mismo modo, estos autores recuerdan que los orígenes de la literatura y del derecho en la lengua castellana se vinculan a Alfonso X. E.T.A. Hoffmann, el primero de los juristas resistentes en la Alemania de los siglos XVIII y XIX fue, a la vez, escritor. Tal vez habría que subrayar una diferencia de principio entre la poesía y el derecho: mientras que en poesía la indeterminación y la concurrencia de múltiples sentidos constituye una virtud y una prueba de la riqueza del texto, en derecho (y ello incluye al derecho constitucional) lo que se valora es la precisión, la aplicación satisfactoria de la norma al caso que la realidad plantea. En el supuesto del derecho constitucional, la contradicción entre la interpretación poética y los objetivos de la interpretación jurídica resulta palmaria porque, en la indeterminación de los conceptos constitucionales, encontramos seguramente la clave de su apertura al conjunto de la sociedad y su papel como fuente de emotividad y de cohesión.

La certidumbre es una propiedad que aporta la jurisprudencia a través de definiciones. Por el contrario, la poesía se nutre de la indeterminación que posibilita la apertura y la transformación de sentido, de ahí que sea específico del derecho constitucional el manejo de un menor número de definiciones en comparación con el derecho civil o con el derecho penal, este último regido por el principio de taxatividad. En la Constitución abundan conceptos mutantes como el de *dignidad, familia, arte*, que son casi tan indeterminados como los empleados en poesía. Esta analogía entre derecho constitucional y poesía explica, asimismo, la peculiaridad de los métodos interpretativos que el derecho constitucional ha desarrollado, sea la tópica, sea la interpretación de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales en la que, bajo mi perspectiva, la palabra poética encuentra su espacio.

La poesía sería, entonces, más que una fuente de determinación una fuente de comprensión.

Efectivamente, la hermenéutica ve en la poesía un marco de comprensión de conceptos jurídicos, o aludiendo a la terminología aplicada a la interpretación de textos orales y escritos desde Schleiermacher a Gadamer, la poesía sería un marco de *precomprensión* en el arte de la interpretación jurídica. Podría decirse que nuestra *precomprensión* sobre lo que es la *dignidad* humana o el *arte* en el sentido del artículo 5.3 de la Ley Fundamental depende de la historia de la cultura transmitida por los poetas.

Si tomamos en consideración la literatura en general sería apropiado afirmar que mientras la poesía se asocia al derecho constitucional, la narrativa se encontraría más cercana al resto de disciplinas jurídicas y, en especial, a la técnica del relato jurisprudencial en el sentido de Law and Literature, tal y como ha sido caracterizada por los autores norteamericanos como Dworkin o Posner. Para la interpretación de los conceptos constitucionales quizá resulta más fructífero partir del paradigma poético que del

paradigma narrativo. La palabra poética emerge, además, como símbolo aglutinante al que el constituyente recurre para dotar de estabilidad al sistema, sería un factor emocional e integrador que permite preservar el consenso en torno a las estructuras básicas del Estado.

Sin duda esta fue la decisiva intuición que desarrolló Rudolf Smend, el maestro de Konrad Hesse, quien, a su vez, fue mi maestro. Ya en su famoso libro *Constitución y derecho constitucional*, publicado en 1928, en las postrimerías de la República de Weimar, Smend subrayó la importancia del principio de integración. Todavía hoy nos servimos de su idea sobre los factores emocionales como fuente de consenso que deben venir proporcionados desde el derecho constitucional. Además de las ya mencionadas disposiciones del preámbulo y de las metas políticas, sociales, económicas y culturales que la Comunidad se propone, entre los elementos emocionales podemos incluir himnos nacionales como el *Lied* de Haydn en el caso de la RFA. Siempre se planea una objeción a la influencia poética en el Estado constitucional y es el carácter eminentemente aristócrata y anarquista del artista que se opone a la necesidad social y al funcionamiento regular de las instituciones. Pero mientras los regímenes totalitarios, como el nazismo o el comunismo en la Unión Soviética, tendían al exterminio de las diferencias ególatras que el artista representaba, es obligación del Estado constitucional convivir con ellas.

En el Estado constitucional nos encontramos ante una paradoja: en él se preserva un margen suficientemente amplio como para que el artista pueda desplegar su talento y sus arrebatos individualistas, pero subsisten demasiadas relaciones de dependencia que promueven el servilismo del creador hacia lo político y que conducen a la moderación de un discurso que pierde su eficiencia catártica. El Estado constitucional debe permanecer abierto a la efusión artística y literaria, sin que la contraprestación de esta apertura sea una intervención indirecta en el quehacer de los creadores.

Este es un tema sobre el que he reflexionado a menudo. Durante los años setenta y ochenta, desarrollé el concepto de Constitución pluralista y de sociedad abierta de intérpretes constitucionales al que ya antes he aludido y que partía de la idea de sociedad abierta enunciada por Popper. La noción de apertura es trasladable, en lo que ahora nos incumbe, a una dimensión cultural de sociedad abierta y del pluralismo. El Estado constitucional debe eludir el dirigismo, la imposición de criterios estéticos, debe ser receptivo a la ebullición de tendencias que disputan en la sociedad y en la que libremente (y en constante alternancia) se discute la calidad y la excelencia de las distintas aportaciones. Así, en Austria, el reconocimiento a la creación, tales como la concesión de premios, se decide en consejos en los que se encuentran representados artistas de distintas disciplinas y de una pluralidad de escuelas y de sensibilidades que garantizan la autonomía de las artes e impiden la monopolización del Estado en materia de cultura.

Aunque en las artes minoritarias, aquellas expresiones que no pueden competir en la lógica de la industria cultural y del mercado, parece inevitable que el Estado constitucional, a través de las subvenciones y del apoyo a los creadores, cuente con una vía indirecta de dirigismo.

Es difícil precisar el equilibrio entre el apoyo a la cultura que el Estado constitucional debe promover y la autonomía del artista. Un buen modelo tal vez sería el sistema de consejo de las artes de composición plural como el que acabo de mencionar en Austria y que existe en otros estados europeos.

En general, la cultura que puede considerarse, además, como un lenguaje común a un pueblo y, en este sentido, como un punto de encuentro en el que se disuelven las tensiones políticas.

El Estado constitucional como Estado cultural encuentra como lenguaje uno de sus principales legados. La sociedad abierta sólo es posible en un desarrollo cultural encauzado por el lenguaje, lo que incluye una interrelación no sólo entre miembros de una misma comunidad lingüística, sino (y esto es crucial en el caso de Europa) entre comunidades lingüísticas mayoritarias y minoritarias. En este sentido, siempre he admirado el reconocimiento cultural y plural que cristalizó en España a partir de la Constitución de 1978 y la diversidad de lenguas que conviven en un mismo Estado constitucional; algunas, como en el caso de Cataluña, con una potente tradición literaria a la que usted pertenece.

La realidad siempre plantea una tensión entre la actividad artística y la ciencia jurídica. El objeto fáustico de la poesía es la realización (y a menudo la imposición) de la propia personalidad, lo que no tiene nada que ver con la consecución del bien común que es la misión del orden político y del derecho que lo sostiene. Ya antes hemos mencionado la dualidad difícilmente conciliable entre la aristocracia del poeta y el carácter democrático e igualitario que el Estado constitucional persigue. No sé si se pueden conciliar ambas pulsiones.

La distancia entre el poeta y el Estado constitucional en el que vive son enormes. Al poeta le es prácticamente todo permitido, transita más allá del sentido común, en las fronteras del orden. El jurista, por el contrario, es un mediador entre ciudadanos y debe tener como horizonte el sentir y el pensar del hombre común. De ahí que su actuación venga presidida por la idea de tolerancia y atención a la dignidad del otro, del prójimo. El poeta no atiende a consideraciones hacia el prójimo, sino que sólo se importa a sí mismo. El jurista es alguien que se asienta en el bien común, en la democracia como modo de organización de la colectividad, en el derecho como estructura de convivencia. Si el artista puede comportarse de forma anárquica, el teórico del Estado debe ser ante todo un demócrata. En este punto yo quería

preguntarle cómo sobrelleva usted esta doble existencia como ácrata en tanto que poeta y como demócrata en tanto que jurista y pedagogo.

Supongo que todos llevamos dentro nuestras contradicciones y tal vez ésta no sea la peor a la que alguien pueda enfrentarse. Además, siempre se encuentran puentes entre las facetas del creador y del constitucionalista. Nunca podría haber escrito algunos de mis poemas sin mi formación como jurista, sin la reflexión sobre el poder y sobre las relaciones entre los hombres. En otro sentido, otra de las virtudes del creador es la capacidad de anticiparse a su tiempo. En los artistas encontramos el germen de comportamientos y valores que, a pesar de ser minoritarios en su época, se extenderán entre la mayoría unas décadas o unos siglos después. Primero se pronuncia el arte y luego se mueve la rueda del cuerpo social.

Creo que el artista, en la sociedad abierta, cumple con esta función de enunciación del cambio social. Por ejemplo, la protección del medio ambiente ya estuvo en la sensibilidad de los poetas románticos no compartida entonces por el hombre común. Podría decirse que los artistas, a causa de su sensibilidad y de sus experiencias, poseen una mirada hacia el futuro, nadie como Shakespeare o Goethe supieron describir los caracteres e inquietudes que hoy impregnan al hombre contemporáneo. Esta vocación profética de algunos artistas posee, en su vertiente pesimista, la facultad de anunciarnos realidades siniestras: Kafka u Orwell acometieron la descripción de un mundo de pesadilla que posteriormente se transformó en una triste realidad, como sucedió en la RDA. Ellos pronosticaron cómo un orden constitucional puede degenerar en una tiranía. El reverso lo encarnan aquellos autores que nos legaron previsiones optimistas sobre las formas de organización humana y que confiaban en un futuro libre. He hablado a menudo de un irrenunciable quantum de utopía que debe impregnar al Estado constitucional y que ha sido tradicionalmente mencionado por algunos poetas. Incluso puede añadirse que al-

gunas de las utopías enunciadas por los artistas en su tiempo hoy son realidades en el Estado constitucional. También se da el caso de advertencias funestas que, luego, la realidad ha desmentido. Ahí está la desafortunada y tardía novela de Günter Grass sobre la reunificación de Alemania, *Un vasto campo*:² pese al innegable talento que este autor había demostrado en el temor de hojalata, la visión de Grass, en *Un vasto campo*, sobre los acontecimientos recientes en Alemania, está cargada, en mi opinión, de un excesivo pesimismo que pervierte el *quantum* de utopía y de esperanza imprescindibles en la actual coyuntura de nuestro Estado constitucional. Grass tuvo incluso el cinismo de calificar a la RDA como de “dictadura cómoda” o de “dictadura confortable”. Todavía me es imposible entender cómo un *clásico* como Grass tuvo una percepción tan distorsionada de lo que ocurrió.

Es bastante común que grandes artistas e intelectuales se enfrenten a cuestiones políticas como un simplismo abrumador.

Esto ya sucedía en 1848, cuando la Constitución de dicho año, uno de los más imponentes documentos de la historia constitucional alemana, fue severamente criticada por los intelectuales. Lo mismo se ha repetido con posterioridad, pese a que algunas de las fórmulas e instituciones descubiertas y desarrolladas en el constitucionalismo alemán han sido después exportadas con éxito a otros sistemas constitucionales incipientes. Los artistas no tienen ningún monopolio sobre la verdad, aunque poseen una habilidad especial para captar los deseos de los ciudadanos y de la humanidad. De nuevo habría que aludir a Friederich Schiller y a sus reflexiones sobre la dignidad del hombre que han impregnado un gran número de cláusulas constitucionales —sobre el pensamiento de Schiller en torno al derecho y al Estado es recomendable consultar la obra al respecto que publicó Peter Schneider—. En el plano biográfico, hay que destacar la larga

² En España esta novela ha sido traducida bajo el título *Es cuento largo*.

tradición que existe de artistas y poetas que fueron al mismo tiempo juristas o que tuvieron formación jurídica. Entre ellos cabría mencionar a Kleist, a Kafka, y al propio Goethe, cuyas inquietudes sobre la sociedad y la justicia elevaron a la más alta categoría expresiva. La ciencia, según Wilhelm von Humboldt, busca la verdad eterna, pero precisamente por ello está expuesta frecuentemente al error, lo que no ocurre con los poetas que, como artistas, no yerran jamás. Sus obras pueden nutrirse de la apariencia, de la manipulación, del deseo irrealizado, pero, en pureza, el arte *no se equivoca* nunca.

El arte no se equivoca, en tanto que arte que permanezca recluso como objeto de contemplación y goce, pero sus consecuencias pueden ser fatales si algunos postulados artísticos se proyectan al mundo de la vida. Nadie mejor que los regímenes totalitarios han sabido aprovecharse de la atracción que ejerce el poder estético.

Sí, pero esta experiencia no puede ocultar la inmensa capacidad de generación de alternativas que al arte conlleva y que enriquecen a la sociedad pluralista. Esta idea subyace en la obra del también jurista y prominente artista plástico Joseph Beuys, en su obstinación por ampliar el concepto de arte a múltiples dimensiones que alcanzan a culturas marginales o a subculturas. Por eso podemos llegar a decir, con Beuys, que *todo hombre es un artista*. Ante semejante afirmación yo siempre añado irónicamente que “todo hombre es un artista”, pero que no “todo hombre es un Joseph Beuys”.

La reflexión no está exenta de aspectos inquietantes: la democratización del arte y la cultura nos conduce a la máxima de Beuys por la cual todo hombre es un artista, pero semejante conclusión promueve el fin de las jerarquías entre lo que es arte y lo que no lo es, incluso llega a amenazar el concepto de clásico, ya que los textos clásicos naufragan en un magma de aportaciones y repre-

sentaciones que tienen igual valor. Por otro lado, la mercantilización y el afán de lucro que suponen las grandes concentraciones empresariales y mediáticas sabotean la tradición y la dimensión sensible y crítica del trabajo artístico, para reducirlo todo a un producto comercial arrojado al espectáculo de masas.

Comparto su preocupación acerca de si la poesía y el arte pueden sobre vivir en la era del consumo y de los medios de comunicación. A mi juicio, la erosión cultural (derivada de la cada vez más precaria existencia de medios de transmisión cultural como la enseñanza, de la rebaja de contenidos académicos y de la ausencia de aparatos críticos solventes) equivale a la erosión del Estado constitucional. Es peligroso que la creación esté cada vez más alejada de un público indiferente. Estoy convencido, por otra parte, de que nunca debemos abandonar el horizonte de los clásicos ni de los conceptos que en nuestra tradición se nutren de la antigüedad griega y latina. Los clásicos no sólo vinculan a poetas, filósofos o músicos, sino también a los juristas que beben de sus fuentes, como demuestran las obras de Savigny o de Radbruch en la historia del pensamiento jurídico alemán. En mi opinión, el concepto de *clásico* posee un contenido doble: es un concepto valorativo en el que se mide la calidad de las nuevas aportaciones y, a la vez, él mismo es la expresión de un consenso, en él confluye la aquiescencia de una determinada comunidad. Son algunos de estos conceptos clásicos los que han visto reconocidos su éxito con su incorporación a los textos constitucionales. El concepto de clásico depende, asimismo, del marco de la tradición que manejamos. Cervantes y Goethe pertenecen probablemente al plano de la tradición cultural universal, el poeta Hölderlin, que usted citaba al iniciar de esta entrevista, tal vez vea reducida su influencia al medio de la tradición cultural alemana. Habría que distinguir entre los clásicos a nivel universal y los *clásicos* a nivel nacional e incluso entre los *clásicos* a nivel regional y local.

Tal vez sea entonces el momento de centrarnos a la tradición europea, en la función de la poesía en el derecho constitucional europeo. Las mismas consideraciones que hemos establecido para el Estado constitucional son válidas para Europa.

Sin duda Europa es la mejor de las utopías a la que podemos aludir para finalizar. Desde el punto de vista del marco cultural en el que se despliega el Estado constitucional, Europa ya constituye una realidad común, una realidad a la que habría que añadir los Estados Unidos de América, no hay que olvidar que la revolución americana y la Constitución Federal de 1787 se cuentan entre los primeros pasos en la construcción del Estado constitucional a los que luego se sumó la revolución francesa de 1789. En la encrucijada actual en la construcción europea puede afirmarse que la cultura representa el punto de encuentro entre los diversos Estados, algo que incluye a la cultura constitucional común y a la difusión y consolidación de estructuras constitucionales que comparten distintos estados (como sucede con la técnica federal como forma de organización del poder). La Unión Europea todavía no es Estado federal, aunque ya hace tiempo que dejó de ser una simple unión de Estados regida bajo el derecho internacional. El desacuerdo de constitucionalistas y de internacionalistas en la articulación del concepto que designa el carácter de la Unión Europea no impide que emerjan ideas sugerentes para describir la actual fase del proceso de integración: prefiero utilizar el concepto de “comunidad de Estados constitucionales” o de “Estado constitucional cooperativo” en el que los elementos culturales, simbólicos y emocionales están llamados a desempeñar un papel protagonista como fuentes de construcción de un consenso. Sobre elementos simbólicos ya hemos hablado de himnos a la alegría, aunque también podemos añadir la bandera europea. De entre los elementos de cultura constitucional capaces de generar consenso encontramos los derechos fundamentales, ya incorporados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que se

integrará en el Tratado que instituye una Constitución europea. Qué duda cabe de que necesitamos la intervención de artistas e intelectuales como partidarios y, a la vez, como críticos de la Constitución europea. En esta función de legitimación y de participación, los creadores deben ahondar en la representación de un espacio común, uno de cuyos antecedentes remotos ya lo encontramos en la obra del poeta francés Víctor Hugo. Como críticos, los escritores deben estar siempre alerta ante los abusos del poder y ante las irregularidades que atenten contra los principios del Estado constitucional, lo que tal vez podría incluir; por ejemplo, la crítica a la burocracia y a la distancia entre gobernantes y el pueblo europeo. Esto no nos debe llevar, a los juristas, a sobreestimar la lucidez y la ironía con la que los creadores encajan el proceso europeo. Ellos pueden conformar una visión conjunta de la cultura europea y nos pueden ayudar a entender el desarrollo de algunos aspectos políticos, pero en la actualidad, necesitamos una dosis de meditado optimismo para enfrentarnos a los retos de la integración. No nos debemos regodear en los pesimismos de los poetas. Hay suficientes indicios como para encarar el Estado constitucional europeo desde la esperanza tanto en lo que atañe a la formación del individuo como el análisis científico. La democracia o los catálogos de derecho fundamentales son pruebas concluyentes de la confianza que podemos depositar en la construcción de un marco constitucional común. Es cierto que todo debe perfeccionarse y que, seguramente, necesitamos un Montesquieu que revise la teoría original de la división de poderes en función de la nueva realidad europea; pienso, por ejemplo, en la necesaria inclusión que merece el fenómeno de elección de representantes, la periodicidad electoral, como aspecto a insertar en la teoría sobre la organización del poder. Para la actual situación nos convendría probablemente el mismo impulso iluminista de la Ilustración y, especialmente, del primer romanticismo que combinase el realismo de Goethe con la ilusión idealista un poco *naïf* de Schiller, una feliz conjunción materializada en la amistad de ambos

en Weimar de la que nuestra tradición —que tuvo otro punto álgido en la Constitución de 1919— todavía vive.

A mi juicio el proyecto europeo sólo tendrá éxito si la Unión se fundamenta primordialmente sobre una base cultural. Sin cultura la unidad del continente se hace mucho más ardua. Este no es ningún comentario pesimista, al contrario. Sólo trata de poner de relieve las afinidades culturales que los pueblos de Europa poseen entre ellos, para demostrar que la consolidación de un sentimiento de pertenencia es posible. Yo siento la tragedia ática tan cerca (o incluso más cerca) que la literatura catalana o la literatura española.

Estas observaciones tuyas podrían ser un buen colofón para nuestra entrevista. No hay que olvidar que la Comunidad Europea tuvo su origen en una comunidad económica. Jean Monnet, uno de los fundadores de la Comunidad Económica Europea, llegó a escribir que de empezar de nuevo el proceso de integración, éste debería iniciarse desde la cultura. Con todo, el artículo dedicado a la cultura no llegaría a introducirse en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea hasta las reformas auspiciadas con la aprobación del Tratado de la Unión Europea (1992) y, con prosperidad, del tratado de Ámsterdam (1997). Espero que el proyecto de la Constitución presentado en Salónica contenga también cláusulas en materia de cultura. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea deberá garantizar suficientemente la libre creación artística a nivel europeo y, por otro lado, el nuevo texto constitucional deberá delimitar adecuadamente las competencias culturales de la Unión y la permanencia de las identidades culturales nacionales. Hay que reunir un corpus común que identifique a Europa como comunidad cultural común y que trascienda a las entidades culturales que emanan de los veinticinco Estados miembros y de algunas nacionalidades que componen dichos Estados.

La Comunidad Europea, en resumen, empezó en la economía y se afianzará en la cultura como último eslabón de la integración.

Espero que así sea, que la cultura estructure de nuevo el continente.

ENTREVISTA DE RAÚL GUSTAVO FERREYRA* CULTURA Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La conversación académica¹ fue realizada el 21 de abril de 2009 en la Facultad de Derecho. Un día después, el entonces decano de la Facultad, profesor doctor Atilio A. Alterini, entregó al profesor doctor Peter Häberle el doctorado *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires.²

1. Las categorías jurídicas básicas del derecho constitucional —democracia, República, división de poderes, federalismo, parlamentarismo, cartas de derechos— son invenciones europeas, fundamentalmente; como en tantas otras cosas, la civilización actual es heredera del pensamiento de la Ilustración del siglo XVIII. Sin embargo, el modelo constitucional más antiguo es la Constitución de 1787 de Estados Unidos, proceso que recogió

* Catedrático de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor por la Universidad de Buenos Aires.

¹ Colaboró en la entrevista el abogado Sebastián Diego Toledo, docente de derecho constitucional, quien formuló las preguntas individualizadas en el texto con los números 10 y 11. Con posterioridad al encuentro, el profesor Häberle envió un texto con las respuestas a las preguntas, pieza constituyente de lo que aquí se publica. Se agradece a la profesora Irene Knoop la traducción rigurosa y precisa de dicho texto del alemán al castellano. Este texto fue publicado originalmente en la *Academia, Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, Departamento de Publicaciones, Facultad Derecho, UBA-Rubinzal-Culzoni, año 7, núm. 13, 2009, pp. 215-238.

² Su *lectio doctoralis* “La Constitución Federal de la Argentina, desde la cultura” ha sido publicada en *La Ley, Actualidad*, edición del 30 de abril de 2009; la *laudatio* académica fue pronunciada por los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra.

la producción europea y únicamente añadió, por decirlo de algún modo, el sistema de gobierno presidencialista. El derecho constitucional escrito, formalizado, duradero, eficaz, tiene más de 200 años, a condición de que se establezca que la Constitución de Estados Unidos de 1787 significa, razonablemente, un punto de partida, cuyo desarrollo se observa luego en América Latina. En este sentido, y sin entrar en ninguna comparación, se puede afirmar que el texto de la Constitución federal de la Argentina de 1853-1860 es de los más antiguos, mientras que en Europa este paradigma se afianza, definitivamente, después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, particularmente con la Constitución de Alemania de 1949.

Los tres modelos constitucionales citados, siguiendo su teoría, configuran la organización fundamental del Estado y la sociedad. Se asume, pues, que los tres modelos son resultado de la creación humana, es decir, tanto el derecho constitucional estadounidense como el alemán y el argentino son fruto de la actividad del hombre, motivo por el cual sus reglas son entes que están en el mundo. Concretamente, el derecho constitucional es una invención del hombre moderno al tratarse de una cosa (instrumento) que establece la autodeterminación comunitaria. Ahora bien, esta cosa, el derecho constitucional, según su punto de vista, ¿qué estatus ontológico tiene? Con mayor precisión, en la eterna disputa filosófica entre idealismo y realismo, ¿las reglas dispuestas en los textos constitucionales son entes reales o ideales?

La respuesta a esta primera pregunta es especialmente complicada. Usted pregunta por el “estatus ontológico” del derecho constitucional. Debo abordar este tema desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde un aspecto formal: la Constitución es, en la teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Kelsen, el complejo normativo de mayor importancia. Hablamos entonces de la supremacía de la Constitución. Por supuesto, existe una jerarquía adicional, inmanente a la Constitución. Las así llamadas

“cláusulas de eternidad” quitan incluso al constitucionalista, cuyo objetivo es la reforma o redacción de la Constitución, determinados valores supremos últimos. Ejemplos de ello encontramos en las célebres cláusulas de la eternidad del famoso artículo 79 III de la Constitución alemana (GG), así como en Portugal (1976) y en el artículo 28 de la Constitución federal de Argentina. Un primer ejemplo se puede hallar en la Constitución de Noruega de 1814. En cuanto al contenido, la Constitución se compone materialmente de múltiples y variadas figuras legales y principios. Por una parte, se extienden hasta una esfera ideal, y, por la otra, poseen una fuerte referencia a la realidad. Además, reaccionan ante experiencias históricas concretas (por ejemplo: la Constitución alemana reglamenta en el artículo 5o., entre otras, la libertad de información, la que no existía en el Tercer Reich, o la Constitución procesa catástrofes históricas —por ejemplo, el artículo sobre Chernóbil en la Constitución de Ucrania—).

La dignidad humana es el valor supremo, ya que llega hasta el máximo plano idealista, al menos si se la interpreta según Immanuel Kant. Por otro lado, también se encuentran exigencias muy realistas en la Constitución. Se puede mencionar el postulado del pluralismo que aplicó el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE) en sus múltiples fallos con respecto a la televisión (palabras clave son el pluralismo interno de las emisoras de televisión públicas y el pluralismo externo de las emisoras privadas que compiten entre sí). Así, encontramos en los textos constitucionales, en parte, referencias reales y, en parte, referencias ideales. La doctrina alemana conoce el bello término de “realidad constitucional”, que muchas veces se halla en tensión con el derecho constitucional. Existe, por ejemplo, un conflicto concreto entre la libertad del representante en el Parlamento y su lealtad a su partido político. En Alemania hablamos de la tensión entre el artículo 38 y el artículo 21 de la Constitución.

2. Usted ha cumplido más de cincuenta años dedicados exclusivamente a la investigación y al desarrollo científico; la unidad

y la excelencia en la tarea del científico constituyen paradigmas de su labor. Naturalmente, su principal preocupación ha sido y es el mundo, las cosas que son sus constituyentes y los problemas que afectan a dichos objetos. Para el conocimiento de la realidad se han ensayado la observación y el razonamiento; en muchos casos, empirismo que proscribe al racionalismo, y viceversa. Sin entrar en la disputa entre racionalistas y empiristas, cuyas consecuencias ciertamente se aprecian también en la ciencia del derecho, y teniendo presente que usted ha sido el único jurista que ha desarrollado profundamente ideas de Karl Popper, brillante racionalista moderado o crítico (según su propia definición), ¿cuál es el método más apropiado para el conocimiento de la realidad jurídico-constitucional: el experimental, el racional o la mixtura de ambos?

En efecto, me dedico hace exactamente cincuenta años (comienzo del trabajo en mi tesis doctoral) al estudio científico del derecho constitucional. Uno de mis clásicos referentes es, por cierto, Karl Popper y su teoría del racionalismo crítico. Sin embargo, este pensador no puede indagar en profundidad la realidad del Estado constitucional, porque su sociedad abierta precisa, desde un inicio, de fundamentos culturales. En otras palabras, precisa de los principios científico-culturales. La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt resulta, a su vez, de gran ayuda. Piénsese en la crítica a los medios y a la sociedad de consumo, así como al mundo de las mercancías. Con anterioridad a Popper, podemos mencionar la sabiduría de los clásicos de la Antigüedad, y me refiero aquí a la relación establecida por Aristóteles entre igualdad y justicia (hablamos de la prohibición de la arbitrariedad), o a su doctrina del derecho natural. Para el pensamiento constitucionalista resultan imprescindibles las teorías del contrato en las variantes de Hobbes a Locke hasta Rousseau y Kant. Hoy comprendemos a la Constitución como un proceso siempre novedoso entre “el convivir y el soportarse” entre los ciudadanos. Ya en 1978 me animé a formular la teoría de que los tribunales

constitucionales participan de la actualización del contrato social vivido. También nos encontramos en el camino hacia un contrato social europeo, que puede alcanzarse a través del avance de la integración europea en forma de diversos contratos, en el sentido de la reforma gradual (desde el Tratado de Roma de 1957 hasta Maastricht y Ámsterdam en la década del noventa, así como también el fracasado proyecto de Constitución de 2004, y el así llamado “Tratado de Reforma de la UE” —Lisboa— de 2007, que actualmente está siendo evaluado por el Tribunal Constitucional Federal).

También el federalismo es una manera particularmente compatible con la posibilidad de experimentación. Hace una década que hablo del “taller suizo” o de un Estado federal en continuo proceso de experimentación. En las Constituciones de los cantones suizos que se encuentran en una profunda revisión, se hallan muchos experimentos, que luego han sido adoptados o corregidos por la instancia superior de la Constitución nacional suiza de 1999.

El racionalismo de Popper tampoco resulta suficiente por la siguiente razón: el hombre no es solamente un “animal racional”, también vive de emociones. El Estado constitucional le da un espacio a estas “fuentes de consenso emocional” cuando crea himnos nacionales o banderas nacionales (ver al respecto mis últimas obras), o cuando estipula nuevos feriados nacionales. En este punto, deberíamos tener presente la imagen del hombre racional y emocional del Estado constitucional. Ni siquiera el mercado es comprensible únicamente a partir de la figura artificial del *homo æconomicus*. El hombre no vive solamente como “maximizador” racional de sus intereses, sino que también se desempeña en el mercado a partir de motivaciones irracionales. Alexander Rüstow, un clásico de la economía nacional, tuvo esto más presente que muchos de los actuales ideólogos del mercado.

3. *Especialmente a partir de 1982 usted ha presentado e insistido con la tesis de que la teoría del derecho constitucional es*

un producto cultural. Karl Popper dividió la realidad mundana en un mundo físico, un mundo sensible y un mundo cultural. El tercer mundo —o cultural— de Popper es una realidad objetiva, integrada, básicamente, por el resultado del conocimiento humano. La pregunta es: ¿el derecho constitucional y su teoría formarían parte del tercer mundo de Popper?

Usted pregunta acerca de la teoría de los tres mundos de Popper. Yo no estoy tan seguro de que ésta realmente sea de ayuda para los constitucionalistas. La matemática podría ser concebida tanto como perteneciente a las ciencias naturales como al mundo de la cultura. Hasta donde conozco, esta cuestión ni siquiera está resuelta entre los matemáticos. Además, no puedo escindir al tercer mundo, es decir, el mundo de los contenidos espirituales y culturales, del segundo mundo, es decir, el mundo de las percepciones individuales. Existen, por ejemplo, discusiones acerca de si las obras de arte de Miguel Ángel o las catedrales góticas pueden ser consideradas —independientemente del observador— como obras de arte, es decir, bellas. Es sabido que ya en la antigua Grecia existía una clasificación en tres mundos: *Logos*, *Psyche* y *Physis*; los romanos distinguían entre *ratio*, *intellectus* y materia. Nosotros, los constitucionalistas, debemos partir de la autonomía del “mundo del Estado constitucional” y de su estudio científico, y también debemos tener presente los límites de nuestras capacidades interpretativas, y, por ello, ser humildes. La filosofía puede especular, asociar a su gusto; la teoría constitucional debe dar respuestas concretas y responsables, como, por ejemplo, en el caso de la revisión de una ley parlamentaria por un tribunal constitucional sobre la base de las normas de la Constitución, o en el caso de un juez en lo civil o en lo penal de primera instancia que debe responsabilizarse ante el caso particular a ser juzgado.

Como pequeño complemento, quisiera agregar algunas ideas más acerca de la concepción de los tres mundos. Hacia 1982 desarrollé la teoría de la Constitución como cultura o, dicho de otro

modo, del principio científico-cultural. Popper fue esclarecedor para mí solamente con respecto a su concepto de la sociedad abierta, es decir, el rechazo de todos los sistemas totalitarios, como el nacionalsocialismo, el fascismo, el marxismo y el leninismo. Sin embargo, no comparto su crítica a Platón, porque, como es sabido, según una observación ingeniosa de Whitehead, todo pensamiento es una cita a pie de página a la obra de Platón. A diferencia de Popper, intento fundamentar la sociedad abierta a partir del principio científico-cultural, y hasta donde yo sé, esto no es lo que pretende Popper. Sin cultura, el ser humano, a pesar de toda la apertura, caería a un precipicio. Por lo demás, hoy en día no existen, en mi opinión, tres mundos. Existe solamente un mundo, aunque por supuesto se trata de un mundo con gran diversidad cultural.

Tampoco comparto la idea de primer mundo, segundo mundo y tercer mundo, porque tiende a una cuestión valorativa que no es correcta. El primer mundo, es decir, la así llamada “vieja Europa”, aun hoy puede aprender mucho del tercer mundo. Esto es especialmente válido para el derecho constitucional. Pensemos, por ejemplo, en la figura del defensor del pueblo en América Latina, a la cual aportó especialmente México.

4. A principios de la década del sesenta usted presenta en la comunidad científica del derecho constitucional un nuevo paradigma teórico, explicación y desarrollo de una regla de la Constitución alemana de 1949. Magníficamente, en el artículo 19, apartado 2, se dispone: “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. La regla constitucional alemana ha significado un paradigma para la comprensión y desarrollo de los derechos fundamentales, felizmente imitada. En particular, usted planteó en su tesis doctoral la doble dimensión de los derechos fundamentales: la subjetiva o plurisubjetiva y la institucional.

A sesenta años de la sanción de la Ley Fundamental de Bonn y casi cincuenta de la publicación originaria de su tesis docto-

ral: ¿qué balance hace de la aplicación de la regla en el derecho constitucional alemán?, ¿qué horizonte de proyección se atreve a pronosticar para el siglo XXI para Estados como el argentino, por ejemplo, cuya Constitución federal a partir de 1994 ha dotado de jerarquía constitucional a los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos y son derechos directamente aplicables?

Ha sido una gran suerte para mí haber podido proponer a mi maestro académico Konrad Hesse en Freiburg la elección de la famosa “garantía del contenido esencial” del artículo 19 II de la GG para mi tesis doctoral. A su compleja pregunta responderé en tres pasos: la garantía del contenido esencial se basaba en estudios previos sobre la dogmática en tiempos de la República de Weimar. La Constitución la normó con la intención de poner un límite a todos los socavamientos abiertos y encubiertos de los derechos fundamentales. A efectos de la comparación de las Constituciones, en muchos continentes y en muchas Constituciones nacionales, y recientemente incluso en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se encuentran diferentes formulaciones del artículo 19 II de la GG. Las Constituciones de los cantones suizos hablan de las garantías del contenido esencial. Algunas Constituciones del Este europeo, como la de Polonia y la de Estonia, protegen el contenido esencial. Incluso, en la Constitución de España de 1978 se puede reconocer el modelo del artículo 19 II de la GG. Finalmente, también encontramos artículos que siguen a este modelo en las Constituciones de las provincias sudafricanas. En otras palabras, la garantía del contenido esencial probablemente se haya tornado en el mayor éxito de exportación de la GG.

En Alemania existen tres teorías: 1) la garantía del contenido esencial absoluta, según la cual la esencia última de los derechos fundamentales está protegida en forma intangible aun con respecto al legislador; 2) la teoría de la garantía esencial relativa, que trabaja con una valoración de los bienes jurídicos,

y 3) una solución combinada, que propuse en 1962 y que hasta fue adoptada por mi gran maestro Konrad Hesse en su obra *Grundzügen...* (1967). Me alegra que la Constitución argentina de 1994 haya colocado a los derechos humanos como de aplicación directa en la instancia superior de la jerarquía normativa.

5. Su tesis sobre la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución fue inaugurada en 1975.³ Allí usted plantea la ampliación de la interpretación del derecho constitucional a todos los ciudadanos, y no restringirla solamente a los operadores, es decir, jueces y constitucionalistas. Su “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” es una comunidad luminosa si se la compara con la sociedad que limita la interpretación del derecho constitucional. La tesis de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución fue enunciada al mismo tiempo que el mundo asistía al comienzo de un profundo cambio tecnológico, especialmente en las comunicaciones. Concretamente, la información y la comunicación en 1975 no eran ni remotamente lo que son hoy en día; las posibilidades que permiten los medios de comunicación han crecido exponencialmente en los últimos cuarenta años.

En consecuencia, teniendo en cuenta que hoy el hombre siempre debe enfrentar la dificultad gnoseológica de lo que no conoce, ¿cree usted que el cambio radical en las comunicaciones facilita la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución? O dicho de otro modo, ¿considera usted atinente la actualización de su tesis teniendo en cuenta la globalización de la información y, en paralelo, que no todo se conoce?

El paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución lo desarrollé en 1975. Recién veinte años después

³ Véase, Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho-Rubinzal Culzoni, año 6, núm. 11, 2008, pp. 29-61, trad. al español realizada por el profesor Xabier Arzoz Santiesteban.

tomé conciencia de que, desde el punto de vista de la historia de la cultura, detrás de esta idea podría hallarse la tesis protestante de Martín Lutero acerca del sacerdocio de todos los creyentes. Realicemos una mirada retrospectiva: en la antigua Roma, el conocimiento del derecho estaba reservado a la casta de los sacerdotes. La Ley de las Doce Tablas trajo consigo el conocimiento público del derecho para los ciudadanos romanos, la que, como es sabido, fue creada por un grupo de juristas y políticos que viajó a Atenas y se orientó en la legislación de Solón que la gobernaba. El carácter público del derecho es característica fundamental de todo Estado constitucional hasta hoy en día. Lo novedoso del paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es que ya no se trata del conocimiento público del derecho, sino de que todos los ciudadanos tengan acceso al proceso interpretativo. La Corte Suprema de Brasil, bajo su presidente Gilmar Mendes, fundamentó la aplicación del *amicus curiae* teóricamente a partir del concepto de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. El Tribunal Constitucional Federal alemán procede de manera pragmática, y desde hace mucho tiempo otorga la palabra a grupos pluralistas, como los sindicatos, las entidades empresariales, la Iglesia y otras comunidades religiosas en algunos procesos judiciales importantes, en audiencias públicas.

En 1975 no imaginaba los inmensos desarrollos que, especialmente en el ámbito técnico, podrían desafiar o quizá poner en duda mi paradigma. Ya en la primera edición de mi obra *Europäische Verfassungslehre* de 2000-2001, así como también en la 6a. edición de 2008, proyecté la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales a la Unión Europea. Actualmente ya existen indicios de una sociedad abierta de intérpretes constitucionales en Europa. Esto se puede constatar a través de la participación vía Internet de algunos ciudadanos en el proyecto de la Constitución de 2004. Si esa Constitución europea hubiera entrado en vigencia, ya podríamos hablar de una sociedad abierta de constitucionalistas en Europa. En Suiza, por ejemplo, existen procedimientos de audiencia pública: ciudadanos y grupos pluralis-

tas pueden opinar acerca de proyectos de ley y revisiones de la Constitución. A nivel mundial, debemos hablar de un conjunto de Constituciones parciales. Aún no existe un derecho constitucional mundial completo, y probablemente tampoco se debería tender hacia él. Solamente existen Constituciones parciales, como la Carta de las Naciones Unidas, el Convenio de Derecho Marítimo Internacional o el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, proyectado en Roma y llevado a la práctica en La Haya.

Mi concepto ideal de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es puesto en riesgo, tanto en pequeña como en gran escala, a través de los procesos de concentración de poder, por un lado, y por los lamentables procesos de economización, por el otro. Sin embargo, también podemos hallar aspectos positivos: organizaciones no gubernamentales participan de los procesos de información mundiales, por ejemplo, en el derecho de protección al medio ambiente o en los derechos humanos.

6. Hacia finales de la década del setenta usted presentó un nuevo paradigma: la Constitución como proceso público. Estimo que su tesis, singularmente, es un desarrollo de su postulado de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. Lamentablemente, todavía su contribución sobre la Constitución como proceso público no ha sido traducida al castellano. ¿Podría usted trazar los rasgos básicos de su construcción teórica sobre la Constitución como proceso público?

Mi paradigma de la Constitución como proceso público se basa en los aportes científicos de Rudolf Smend (*Zum Problem des Öffentlichen*, 1955), así como también de la obra de Jürgen Habermas, *Zum Strukturwandel der Öffentlichkeit*, que data de fines de la década del sesenta. En un principio otorgué especial importancia a la vinculación con la corriente tradicional de la Antigüedad, especialmente de Cicerón: *salus publica, res publica, res populi*. En textos constitucionales más contemporáneos, lo público se refleja en las normas constitucionales de la tradi-

ción francesa y española, que hablan de la libertad pública. Me gusta distinguir entre la así llamada “tríada republicana”.

El primero es el ámbito privado personal, protegido por el derecho fundamental, como el matrimonio, la familia, la protección de los datos personales y la protección de la palabra personal, y también por el derecho penal. Esto incluye la protección de los sistemas tecnológicos de información (como, por ejemplo, el examen *online*) y la protección de la autodeterminación informativa.

El segundo ámbito es el público-social. Con esto me refiero al estatus público de los partidos políticos y de los diputados en el Parlamento, de las actividades públicas de corporaciones como los gremios, por ejemplo, los sindicatos (derecho de huelga), hasta el así llamado “derecho público de las iglesias”, que fue desarrollado por Rudolf Smend en la década del cincuenta.

El tercer ámbito es el público-estatal; es decir, el carácter público del Parlamento, el carácter público del Tribunal de Cuentas y las audiencias públicas ante un tribunal constitucional.

La idea de proceso me resulta de importancia a causa del principio democrático. La democracia vive gracias a los procesos, que en definitiva deberían conducir a compromisos. Como la Constitución, en tanto marco normativo, realiza solamente, en parte, presupuestos de carácter sustantivo, lo demás deberá desarrollarse a lo largo del tiempo mediante la estructuración justa de una gran diversidad de procesos. Un ejemplo es mi reflexión: *salus publica ex processu* (1970). Los procesos precisan, por supuesto, de una protección gradual de las minorías. Piénsese, por ejemplo, en los derechos constitucionales de la oposición en el Parlamento. El carácter público de la Constitución es un aspecto de mi idea acerca de la Constitución como proceso público. Este carácter público, por supuesto, no es ilimitado, ya que existen valores materiales fundamentales que no son negociables y que preexisten a la Constitución como proceso público: aquí pienso sobre todo en la dignidad humana como premisa cultural y antropológica del Estado constitucional, dignidad humana en el

sentido de Kant. Además, la idea de proceso es especialmente conocida en el derecho angloamericano (*fair, due process*). Es más, esta idea ya existía en el derecho romano (*audiatur et altera pars*). Piénsese también en el proceso de prueba y error en Popper. Hasta podría agregar como ejemplo un texto clásico de Friedrich August von Hayek: el mercado como proceso de descubrimiento. Esto último a pesar de que el mercado, en mi opinión, solamente posee un significado instrumental y que no comparto, especialmente hoy en día: la ideología liberal de mercado.

7. La dogmática constitucional del siglo XXI en América Latina ha recibido un muy importante estímulo con la publicación de su obra El Estado constitucional, primero en México⁴ y ahora en la Argentina. Usted plantea y desarrolla la existencia de un nuevo tipo de Estado, el Estado constitucional. Éste admite tanto el sistema de gobierno presidencialista como el parlamentarista. En Europa, el modelo presidencialista es desconocido en la práctica, pero no sucede lo mismo en América Latina, donde lo desconocido es la práctica del parlamentarismo. El parlamentarismo, rudimentariamente, exige cooperación de los partidos políticos; en cambio, el presidencialismo, la confrontación.

Desde hace quince años, nuestro amigo en común Eugenio Raúl Zaffaroni ha insistido repetidamente que en América Latina la inexistencia de golpes de Estado no significa la debilidad de los gobiernos; precisamente, los gobiernos constitucionales en América Latina caen por su propio peso, por su raíz presidencialista, que impediría la participación de todas las fuerzas en el escenario político. Zaffaroni propone la reforma constitucional en América Latina, especialmente en Argentina, y la adopción de los sistemas parlamentarios. Por su parte, desde México, otro amigo en común, Diego Valadés, en una obra reciente, propone examinar la “parlamentarización del presidencialismo”.

⁴ Véase, Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, traducción al español realizada por Héctor Fix Fierro, y el estudio introductorio por Diego Valadés.

Acertadamente, Otto Bachof advirtió que no existen patentes de invención que aseguren el funcionamiento de un determinado sistema de gobierno; creo, por mi parte, que es inmediatamente necesario el cambio constitucional en Argentina y la salida urgente y ordenada del hiperpresidencialismo.

Sin ingresar en el debate doctrinario parlamentarismo-presidencialismo, siendo usted un teórico del derecho constitucional y de su cambio formalizado, ¿cuáles son las luces y cuáles son las sombras del funcionamiento durante sesenta años del parlamentarismo en Alemania?

Conozco la discusión latinoamericana respecto a los conceptos planteados por el gran juez Zaffaroni y el autor mexicano Valadés. También sé que en América Latina se discute mucho en torno a las ideas de presidencialismo y parlamentarismo.

Creo que es probable que los países jóvenes que atraviesan situaciones difíciles, en especial aquellos países llamados “emergentes”, como Brasil, precisen de un presidente con poderes limitados, pero importantes. Decisiva es justamente aquí la circunscripción del mandato a 4 o 5 años y la limitación de la reelección a dos periodos de gestión consecutiva. Un contra ejemplo catastrófico: Venezuela bajo el gobierno de Chávez.

Los sistemas presidenciales en países jóvenes precisan una contraparte por fuertes tribunales constitucionales, como podemos observar con alegría actualmente en Brasil gracias a la Corte Suprema bajo Gilmar Mendes. Los sistemas parlamentarios tienen la gran ventaja de ser un reflejo pluralista de la sociedad abierta. En esto, sin embargo, podemos hallar un debilitamiento de los procesos de decisión.

Permítame una comparación con Francia. Usted sabe que De Gaulle adecuó la Constitución de la Quinta República de 1958 a sus propios intereses y que en el fondo despreciaba el sistema parlamentario de partidos. Hoy tenemos en Francia, la patria de los derechos humanos, tendencias hacia una República monárquica (presidente Sarkozy-Bruni). España puede llamarse una

Monarquía republicana. Aquí como allá existe un Parlamento, aunque con diferente vitalidad y fuerza.

La teoría y la práctica del parlamentarismo en nuestra —desde hace sesenta años— exitosa democracia, de acuerdo con la Ley Fundamental, presentan más luces que sombras. Nombraré algunas sombras: la democracia partidaria domina en parte al Parlamento, y los diputados en el Parlamento en muy pocas ocasiones pueden hacerse oír de manera espontánea e independiente. Esto es expresión de la oligarquía de los partidos políticos ya existente en tiempos de la República de Weimar. Sin embargo, aun hoy en día tienen lugar importantes decisiones parlamentarias; por lo general, gracias a oradores individuales. Inolvidables son algunos discursos del importante jurista de la SPD (del alemán *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* —Partido Socialdemócrata Alemán—), Adolf Arndt, así como también los discursos del diputado Ernst Benda, recientemente fallecido, en relación con la imprescriptibilidad y los crímenes capitales.

El parlamentarismo de nuestra Constitución intenta siempre nuevas reformas parlamentarias con el objetivo de reanimar la discusión (por ejemplo, las actuales horas de planteo de preguntas). El Parlamento alemán es considerado un activo parlamento de trabajo; es decir, el trabajo principal es realizado en las comisiones. Actualmente, se discute la instalación de una televisión propia del Parlamento. El presidente alemán se ve acotado a tareas representativas de acuerdo con la propia Constitución, y sólo en casos excepcionales puede disolver el Parlamento. Esto es una antítesis con respecto a la República de Weimar. Cabe agregar que desde Konrad Adenauer se habla de una “democracia del canciller”. No oculto que estoy en contra de la opinión generalizada de que las mociones de desconfianza presentadas por los cancilleres Helmut Kohl y Gerhard Schröder, que luego tuvieron éxito, sean formas de abusar de la Constitución. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional Federal no se opuso a este abuso de las formas. En realidad, ambos cancilleres tenían la confianza de la mayoría de sus respectivos partidos políticos,

pero pretendían “por la fuerza” un nuevo mandato del pueblo alemán.

8. *Una de las discusiones en derecho constitucional podría ser presentada de este modo: un grupo de teóricos asume y respalda la idea de que la Constitución expresa un orden de valores dispuesto por el poder constituyente en el momento fundacional; otro grupo, por su parte, sostiene que la Constitución, lejos de expresar un orden de valores, constituye uno básico, que es asegurar que gobernarán quienes obtengan la mayoría de acuerdo con el proceso fijado por la propia Constitución. De manera esquemática, el primer grupo de opinión puede ser caracterizado como “valorativistas”, y el segundo, como “formalistas”. Consecuentemente, entre formalistas y no formalistas, ¿qué grado de verdad atribuye usted a uno y a otro grupo, especialmente teniendo en cuenta su tesis sobre texto y contexto constitucional?*

Desde mi punto de vista, la Constitución expresa una pluralidad de valores fundamentales: comenzando con la dignidad humana, pasando por los derechos fundamentales individuales, hasta llegar a la democracia como consecuencia organizacional de los derechos humanos. A esto se suma la genial idea de Montesquieu en relación con la división de los poderes. Entendemos ésta horizontalmente en el sentido de los tres poderes. Pero también la entendemos verticalmente en las formas del federalismo, de las corporaciones territoriales autónomas en España y de la autogestión comunal. A esto se suman funciones del Estado: del Estado social, pasando por el Estado cultural, hasta llegar al Estado ecológico. La Constitución es, en distinto grado, un ordenamiento marco. Algunos principios son inmodificables; otros pueden ser modificados con la mayoría de dos tercios. Mi tesis de los niveles textuales involucra también siempre a los contextos. Con esto me refiero al hecho de explicar a través de aportes reflexivos, lo cual tiene sus límites. El paradigma de los niveles textuales significa que muchas veces sucede que un constitucio-

nalista concreta con posterioridad en un texto lo que ya fue fijado por sentencias judiciales o ya ha sido puesto en práctica por la realidad constitucional.

9. La jurisdicción constitucional, esto es, la invención de que la Constitución establece un ordenamiento jerárquico en cuya cima, precisamente, está la Constitución, y, consecuentemente, pueden inaplicarse todas las leyes que se le opongan, cumplió 200 años. El célebre fallo Marbury vs. Madison en 1803 inauguró la jurisdicción constitucional. En 2009 se cumplen sesenta años de una de las jurisdicciones constitucionales más desarrolladas del mundo, la alemana; y, concretamente, dentro de dos años se cumplirán ochenta años de una de las polémicas más famosas del derecho: Hans Kelsen vs. Carl Schmitt: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? Usted ha anotado, con objetividad y rigor, que los aniversarios son útiles para recrear y repensar las bases emocionales del consenso comunitario.

Desde dicha perspectiva, y sin pasar por alto las objetivas diferencias que existen en el ámbito de la jurisdicción constitucional —entre jurisdicción que adopta el modelo difuso y jurisdicción que adopta el modelo concentrado—, ¿cuál es el inventario de la jurisdicción constitucional en nuestro tiempo? Dicho de otro modo, ¿qué avances se aprecian en el control de la ley inconstitucional y qué desafíos o retos quedan por delante en el siglo XXI?

Todo Estado constitucional debería poder decidir si elige una jurisdicción constitucional difusa o una jurisdicción constitucional concentrada. El grado de efectividad del modelo difuso es demostrado en el caso *Marbury vs. Madison* (1803) en Estados Unidos. El grado de efectividad para una jurisdicción constitucional autónoma es demostrado por la Corte en Roma (1947), la Constitución alemana (1949), el Tribunal Constitucional Federal (1951), y muy especialmente por el Tribunal Constitucional en Lisboa y en España.

En nuestros días, los instrumentos de la jurisdicción constitucional se han perfeccionado enormemente. En relación con esto, solamente algunas ideas clave: la contemplación de las consecuencias de un fallo de un juez, la exigencia de la comparación constitucional como quinto método de interpretación, fue propuesto por mí en 1989, adoptado por el Tribunal Estatal en Lichtenstein en la década del noventa, que hacen referencia a mi persona, y llevado a la práctica por muchos tribunales constitucionales europeos. Lamentablemente, en este punto la Corte Suprema de los Estados Unidos, a la que tenemos tanto que agradecer, se encuentra especialmente rezagada. Sólo la jueza Ginsburg expresó hace poco, en una entrevista para un periódico norteamericano, que en la Corte Suprema norteamericana debería realizarse más derecho comparado, y que los tribunales constitucionales nacionales deberían preocuparse más por comprenderse como instrumentos en un sistema mundial. Tengamos en cuenta que el Tribunal Europeo de Primera Instancia en Luxemburgo ahora también formula peticiones jurídicas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El concepto alemán de “Estado de derecho” y la *rule of law* de los países anglosajones se encuentran, conjuntamente con la defensa universal de los derechos humanos, en la vanguardia.

Finalmente, a los instrumentos de la jurisdicción constitucional también pertenece la posibilidad de votos judiciales extraordinarios, creada en los Estados Unidos, implementada también en el Tribunal Constitucional Federal (aún no en Italia) y llevada al plano constitucional en la Constitución de España. Existen ejemplos para demostrar que el voto extraordinario de hoy se constituirá en un voto extraordinario de mañana, gracias a la dimensión pública en la dimensión temporal. En mi opinión, esto constituye una prueba para la existencia de la “Constitución como proceso público”.

10. *En Latinoamérica, los mecanismos democráticos (sufragio) y la división de poderes se ven muchas veces afectados por in-*

tereses particulares o sectoriales. Está surgiendo un importante activismo judicial como reacción que llega incluso a normar explícitamente ante las falencias de los otros poderes. ¿Considera usted que esto promueve la consolidación institucional o es un retrotramiento del sistema republicano?

Gracias a las invitaciones a México, Brasil y ahora felizmente a Argentina, es de mi conocimiento que la división de poderes en América Latina muchas veces se encuentra amenazada por intereses políticos reales. Como observador participante estoy contento de que los tribunales constitucionales practiquen el *judicial activism* y que obliguen a los demás poderes a actuar. Desde un punto de vista comparativo, podemos aprender que en los Estados constitucionales existe una interacción entre *judicial activism* y *judicial restraint*. Esto lo encontramos en la historia de la Suprema Corte norteamericana. También el Tribunal Constitucional Federal alemán atraviesa distintos momentos con diferentes grados de actividad. Probablemente sea únicamente el espíritu del mundo el que pueda reconocer cuándo resulta conveniente la actividad y cuándo la pasividad. Lo que es seguro es que el Tribunal Constitucional húngaro había sido bien asesorado tras la caída del muro en 1989-1990 y se animó a una postura muy activista, ya que los demás poderes aún no podían trabajar conforme a la Constitución. Según mi conocimiento, el Tribunal Constitucional de Budapest, hoy en día, actúa de manera más moderada. Esto merece la aprobación, ya que el Estado constitucional húngaro se encuentra bien establecido. Se hablaba entonces de una Constitución invisible inventada o hasta puesta en práctica por el Tribunal Constitucional. En mi opinión, para la Argentina vale lo siguiente: el activismo jurídico de su Corte Suprema reside actualmente en la consolidación del orden institucional. El sistema republicano no se ve debilitado por una actividad jurídica temporal, sino fortalecido. Más específicamente, en una etapa de transición o de madurez, los demás órganos estatales deben y pueden aprender de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

11. *¿Qué propuestas podría formular en torno a la concretización de su idea de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales en democracias “jóvenes”, como la argentina?*

El paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales debería constituirse en objeto de la pedagogía. En otras palabras, los derechos humanos ya deberían ser aprendidos en la escuela como objetivos de la educación, como ya fue propuesto tempranamente por las Constituciones de Perú y Guatemala. En Argentina se debería incentivar a la juventud tempranamente a participar en los procesos de creación e interpretación del derecho a través de peticiones y discusiones. Es posible que esto aún sea una utopía. Al menos, las universidades deberían ser exigidas en este sentido. En 1974, en una conferencia en Berlín, me animé a formular la siguiente hipótesis: de las escuelas depende la teoría constitucional que podamos desarrollar en el futuro.

12. *Alemania y Argentina han tenido relaciones desde el siglo XIX. Sin embargo, las relaciones académicas son de más reciente data y, quizá, consecuencia de la globalización y la nueva sociedad de la información. A lo largo de su vida, usted siempre ha desistido tanto del ejercicio profesional de la abogacía como de ocupar cargos públicos electivos. Dicho prontamente, usted ha dedicado su vida a la academia, ha privilegiado la unidad en la investigación y asegurado la imparcialidad y el rigor científicos. Naturalmente, a lo largo de su vida ha obtenido méritos académicos de diferente naturaleza, en diferentes lugares y en diferentes momentos.*

Los profesores Atilio A. Alterini y Eugenio Raúl Zaffaroni son, seguramente, dos de los más distinguidos juristas de Iberoamérica. Ellos, desde la Universidad de Buenos Aires —Alterini como decano, y Zaffaroni como director del Departamento de Derecho Penal—, han impulsado y liderado, junto a un grupo nutrido de profesores, el otorgamiento del doctorado Honoris causa. ¿Cuál es la representación singular que este doctorado significa en su valiosísima trayectoria de estudio e investigación

científica? ¿Cree usted que es posible profundizar las relaciones académicas entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el mundo académico alemán? En caso afirmativo, ¿qué itinerarios sugiere para el desarrollo de las relaciones institucionales académicas?

- Programas de intercambio tanto de estudiantes como de doctorandos y docentes. Decisivo es el acompañamiento por un profesor individual del Tribunal Constitucional.
- ¡Las personas logran mejores instituciones!
- A través de convenios de cooperación.
- La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires debería vincularse con alguna de las mejores facultades alemanas.

13. Al comenzar esta entrevista, se hizo mención a distintas experiencias constitucionales: la estadounidense, la alemana y la argentina. Los tres Estados tienen una nota en común: la orientación jurídica del Estado es la federal. El cambio constitucional formalizado, la reforma constitucional, ha observado a lo largo del tiempo diferentes itinerarios: en los Estados Unidos la Constitución ha sido reformada en menos de dieciocho oportunidades en más de 200 años; Argentina reformó la Constitución federal en cinco oportunidades en 156 años, y, significativamente, Alemania la ha modificado en muchísimas más oportunidades que los cambios constitucionales en Argentina y en Estados Unidos sumados.

Si se compara la experiencia alemana con la estadounidense, la flexibilidad constitucional alemana no ha sido superior a la rigidez constitucional estadounidense, si lo que se pretende comparar es la estabilidad de los sistemas constitucionales. Tanto los alemanes desde 1949 como los estadounidenses desde 1789, estrictamente en lo relacionado con la estabilidad apuntada, con medios e instrumentos distintos lo van logrando. Pareciera, pues, para un observador externo del sistema jurídico alemán, que los alemanes adaptan su Constitución toda las veces

que sea necesario, y los estadounidenses, sin llegar a la reforma, igual viven dentro del perímetro constitucional.

Consecuentemente, no hay una única fórmula vinculada a la reforma constitucional. No obstante, el derecho constitucional implica un diálogo intergeneracional: las generaciones venideras se verán beneficiadas y perjudicadas tanto por lo satisfactorio que se establezca como por las asignaturas pendientes o los errores en la configuración constitucional. Asimismo, hoy se asiste a la fantástica irrupción del derecho comunitario y del derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuál piensa que será el escenario en el mundo del siglo XXI: “la internacionalización del derecho constitucional” o la “constitucionalización del derecho internacional”?

Ambas cuestiones son correctas: por una parte, una apertura del derecho constitucional nacional hacia el derecho internacional. Mi expresión clave “Estado constitucional cooperativo” (1978) o la expresión del ya fallecido colega Klaus Vogel de “estatalidad abierta”. En Europa hablamos de la europeización de las normativas jurídicas nacionales y de los tribunales constitucionales. Al mismo tiempo, podemos hablar de manera limitada y sólo puntualmente de una constitucionalización del derecho internacional; para ello se debería clarificar el concepto de Constitución. En este caso, sólo se puede tratar de Constituciones parciales. Un postulado clásico sigue siendo la paz perpetua de Kant (1795) y su concepto del propósito cosmopolita. Yo mismo defino el derecho internacional público como derecho de la humanidad universal. El derecho internacional público es hoy en día la disciplina parcial más interesante de las ciencias jurídicas. Yo mismo estoy muy viejo como para impulsar este proceso. La próxima generación tiene este desafío. Precisamos de una nueva Escuela de Salamanca que, por ejemplo —como ya fue esbozado—, defienda el principio de Estado constitucional en el derecho internacional público y que cree garantías para el respeto de los derechos humanos universales. En América Latina

esto es especialmente válido para la población aborígen oprimida. Me alegra que, al menos a nivel de textos constitucionales, muchas Constituciones latinoamericanas tengan en cuenta a los pueblos aborígenes. La realidad constitucional presenta grandes déficits en este sentido. Felicito al amigo Raúl Gustavo Ferreyra por ocuparse desinteresadamente de los derechos vulnerados y de las condiciones de vida de los pueblos indígenas en el norte argentino,⁵ y espero que la Corte Suprema de Justicia de la Nación encuentre aquí un camino que al mismo tiempo signifique un aporte a mi idea acerca de un derecho constitucional común para toda América Latina.

14. *Usted en casi toda su obra hace constante agradecimiento y reconocimiento a su maestro, Konrad Hesse, constitucionalista y juez del Tribunal Constitucional alemán. ¿Cuáles son las afirmaciones básicas en cuanto al método de la investigación científica que usted recuerda de su maestro? ¿Cuáles son las proposiciones capitales en cuanto al objeto de estudio —el derecho constitucional— que lo han influido más marcadamente? ¿Sigue pensando que los maestros aprenden de sus discípulos? En caso afirmativo, ¿qué aconsejaría a quienes hoy comienzan su estudio del derecho constitucional?*

Agradezco esta pregunta final acerca de mi maestro Konrad Hesse, que también abarca cuestiones de índole más personal. Su *opus magnum* son los *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (1a. ed., 1967, dedicada a R. Smend; 20a. ed., 1995). Se trata de un clásico joven, convincente en la estructuración de su objeto de estudio y en el análisis sistemático del tema, menos adecuado para los estudiantes de los primeros semestres que para los doctorandos y los colegas.

⁵ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, resoluciones del 19 de diciembre de 2008 y del 26 de marzo de 2009.

Aportes originales de este libro, que no presenta un abordaje comparativo, sino que se dedica exclusivamente al derecho fundamental, son los siguientes:

- La fuerza normativa de la Constitución, lección inaugural 1956, antítesis a la idea de la fuerza normativa de lo fáctico de Georg Jellinek.
- El principio de la concordancia práctica, es decir, el equilibrio cuidadoso a través de la valoración de los bienes jurídicos de principios en conflicto, como los derechos fundamentales, por un lado, y las situaciones de estatus especial, como en el caso de los funcionarios de carrera y el ejército, por el otro.
- Su principio de “concretización” en el proceso de interpretación de las normas constitucionales, por ejemplo, a través del legislador (mi tesis acerca de la necesidad de estructuración de todos los derechos fundamentales) y jurisprudencia constitucional.

Adopté muchas de estas ideas como fundamento de mis reflexiones. Además, según el prólogo de Hesse, pertenezco al grupo de asistentes que acompañó el largo proceso de formulación de estas ideas. Mi intento, en 1965, de entusiasmarlo por el tema de la cultura lamentablemente fracasó.

En efecto, creo en el contrato científico generacional entre maestros y estudiantes. Ya en la Antigüedad (Sócrates, Platón, Aristóteles), o en las escuelas monacales y también en los obradores de las grandes catedrales existían vínculos entre maestros y alumnos. En principio, estos vínculos versarán en torno a la adquisición de herramientas jurídicas básicas; más adelante, podrán adquirir mayor complejidad conceptual.

Mis consejos para los estudiantes del primer semestre son, en primer lugar —una opinión personal—, buscarse tempranamente un maestro, y, en paralelo, comenzar inmediatamente con la lectura de los clásicos, es decir, desde textos de Montesquieu,

Rousseau y Kant hasta John Rawls y Hans Jonas. Luego, paralelamente al estudio del derecho constitucional de su país, deben profundizar en el estudio de otro derecho constitucional nacional, según la influencia de personas de su conocimiento.

Manifestación final del profesor Peter Häberle

Permítanme ustedes, don Raúl Gustavo y don Sebastián, abordar un tema personal para finalizar este impactante conjunto de preguntas. Creo que en el futuro del Estado constitucional en toda América Latina, existirán retrocesos, como en el caso de Venezuela hoy; algunas veces las posibilidades podrán superar a las utopías concretas, como sucede actualmente en algunos textos constitucionales de Colombia, pero en la realidad constitucional se encuentran cada vez más salidas positivas. Stefan Zweig hablaba ya hace décadas de Brasil como el “país del futuro”. Después de mi segunda visita a vuestro país, puedo suponer que hoy Argentina también es un país del futuro. Esto por varias razones: Argentina posee excelentes textos constitucionales, los cuales presentan muchas posibilidades en términos de su interpretación, esto en el sentido de mi pensamiento de las posibilidades. Argentina cuenta con una Corte Suprema con un gran maestro, el juez Zaffaroni, quien gracias al *judicial activism* puede salvar algunos déficits del sistema. Además, existe en Argentina una comunidad científica nacional activa e innovadora en lo que respecta al tema del Estado constitucional. He leído varios libros y he tenido varias conversaciones que me vuelven optimista en este sentido. La nueva generación da lugar a grandes expectativas. Pude vivenciar esto ayer en el seminario de vuestro “Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires”,⁶ al que llamo “círculo sagrado”. Los jóvenes doctorandos, también algunos estudiantes, formulaban preguntas muy específicas que demostraban cuán informados estaban con respecto al tema del

⁶ Véase www.circulodoxa.org.

Estado constitucional, más allá del caso de su propio país, desde preguntas acerca de la Unión Europea hasta la pregunta delicada, pero crucial, acerca de la incorporación de Turquía a la Unión Europea, o cuestiones referidas al proceso de integración europeo (palabra clave: el tratado de Lisboa), o haciendo alusión a procesos culturales de rechazo, que deben haber tenido lugar en el transcurso de la rápida y, a nivel político, necesaria reunificación alemana. En tanto existan estos seminarios en el sentido del Wilhelm von Humboldt, de unidad entre investigación y docencia, en tanto exista una comunidad de educadores y educandos, no temo por Argentina. Los excesos del presidencialismo pueden ser limitados justamente por las universidades y por los jóvenes abogados constitucionalistas. Agradezco la hospitalidad, la recepción amable de mis ideas y las ricas enseñanzas. Asimismo, deseo que la Argentina continúe ejerciendo un rol preponderante en el largo proceso de conformación de su Estado constitucional y que realice aportes creativos para la conformación de un derecho constitucional común para toda América Latina, como ya lo he expresado en una jornada realizada en México, D. F., hace aproximadamente ocho años. Muchas gracias.

ENTREVISTA DE FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN*

INTRODUCCIÓN

Hace ya trece años que el profesor Angel Garrorena me hizo el encargo de hacerle una entrevista para el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* que dirige. Recuerdo que la entrevista se realizó en Bayreuth durante los días 21 y 22 de julio de 1997. Tras su publicación en el *Anuario*, sería difundida también en Alemania, México y Brasil. Actualmente se puede encontrar en Internet en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1854/4.pdf>.

Desde entonces ha pasado un siglo. No se trata sólo de que aquella entrevista se celebrara cuando faltaban tres años para terminar el siglo XX y que la conversación de hoy tenga lugar cuando han transcurrido diez años del siglo XXI. Más bien, se trata de que en poco más de una década todo ha cambiado en el escenario mundial y también ha cambiado su posición académica dentro del marco de los estudios de derecho constitucional. En los primeros años del siglo XXI, estamos viviendo transformaciones profundas y avistando otras de mayor envergadura que se producirán en los próximos años a condiciones constantes. El derecho constitucional debe dar una respuesta a estas transformaciones, que están relacionadas con las condiciones de aceleración del proceso de globalización y con los cambios que está generando

* La entrevista tuvo lugar durante la tarde del 30 de junio de 2010 en Granada. Al igual que la entrevista de Bayreuth de 1997, se realizó en alemán, traduciéndose posteriormente por Francisco Balaguer Callejón al castellano.

en las sociedades a nivel mundial. Sus planteamientos teóricos, profesor Häberle, desarrollados inicialmente para comprender la naturaleza del Estado constitucional a nivel nacional, han sabido proyectarse sobre el derecho constitucional postnacional ofreciendo las claves axiológicas y el estatuto metodológico que nos permiten comprender mejor la realidad constitucional de nuestra época.

Mi intención al realizar esta entrevista no es repetir, al menos con carácter general, las temáticas que abordamos hace trece años. Entonces preparé un cuestionario con seis apartados, cada uno de los cuales incorporaba seis preguntas, a través de las cuales se intentaba ofrecer a las personas interesadas en su obra una visión general de las teorías más relevantes que ha aportado al derecho constitucional. No fue tarea fácil debido a la gran riqueza de su pensamiento, y hay que recordar que la entrevista publicada tenía más de cincuenta páginas de extensión. Hoy, mi planteamiento es, en cierto modo, más modesto y más ambicioso. La entrevista será también extensa porque se desarrollará a través de cinco apartados que contienen cinco preguntas cada una, pero pretende ser menos divulgativa, entre otras cosas porque lo que se expuso en la conversación anterior no ha perdido su vigencia y puede ser objeto de consulta para quien tenga interés. También por ese motivo, podemos renunciar perfectamente a las pretensiones de exhaustividad. Sin embargo, el espíritu que nos convoca hoy responde a una ambición casi imposible de cumplir: la indagación acerca de cómo va a ser posible conciliar, en el derecho constitucional de nuestro tiempo, la vocación de control del poder y de garantía de los derechos del constitucionalismo con las transformaciones que se están produciendo a nivel mundial.

Me gustaría, sin embargo, comenzar, como hiciera hace trece años, con una serie de preguntas de carácter más personal, que son las que se incluyen en el primer apartado de esta entrevista.

I. CUESTIONES PERSONALES

1. Trece años desde la primera entrevista

La primera pregunta personal me parece inevitable: desde nuestra primera conversación hace trece años, el pensamiento häberliano ha triunfado en el mundo de manera excepcional. En la última década, ha recibido un sinfín de honores y distinciones en reconocimiento a su contribución al desarrollo del derecho constitucional. Por centrarnos tan sólo en las académicas, baste mencionar, entre otros, los doctorados Honoris Causa de la Universidad de Granada, en España, de la UNAM en México, de la Universidad de Lima en Perú, de la Universidad de Buenos Aires en Argentina, de la Universidad de Brasilia en Brasil, o de la Universidad de Lisboa en Portugal. ¿Cómo ha vivido este proceso de reconocimiento universal de su obra?

Ante todo quisiera decir que estoy muy contento y agradecido de que haya preparado, por segunda vez, una entrevista conmigo. Las preguntas que ha preparado para esta ocasión son tan lúcidas como consecuentes y no sé si podré aportar respuestas que sean congeniales con ellas.

Por lo que se refiere a la primera cuestión que me plantea, me considero afortunado por el hecho de que una parte de mis propuestas científicas hayan sido acogidas en la comunidad científica más allá de Europa. Puedo mencionar algunos ejemplos: en Brasil se ha debatido mucho sobre mi concepto de “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” y también sobre la idea de “Estado constitucional cooperativo”. En Italia es muy conocida mi teoría sobre el “Status activus processualis”. En otros países ha tenido buena acogida mi idea del derecho comparado como quinto método de interpretación jurídica y de la comparación constitucional cultural. En Alemania, ciertamente, sigue siendo controvertida mi propuesta de redefinición del “derecho eclesiástico del Estado” como “derecho constitucional

de la religión”. Sobre esta cuestión deberíamos pensar que en la materia religión-Estado ya no están solas las confesiones cristianas, sino también el islam, a menudo como tercera comunidad religiosa.

2. *La comunidad häberliana en el mundo*

En el congreso que celebramos en su honor el año pasado en Granada (y que está siendo objeto de publicación en tres números de nuestra revista) se percibió —quizás más que en otras ocasiones anteriores— la existencia de una comunidad häberliana en el mundo; un conjunto muy amplio de juristas de muy diversos países —presentes físicamente en Granada o participando a través de contribuciones remitidas a la organización del Congreso— que siguen sus orientaciones metodológicas y que perciben la realidad constitucional de una manera muy similar, en sus rasgos esenciales.

En materia de Estado constitucional hay ya actualmente, a nivel europeo y acaso también mundial, una especie de “República de las letras”, que es el resultado más de relaciones personales que de grandes institutos, como el Max Planck, o fundaciones, porque el debate científico contribuye también a reforzar los vínculos de amistad. Desde esa perspectiva, me considero especialmente afortunado de haber podido construir en los últimos años fructíferos círculos de amistad en diversos países. Por mencionar algunos, de manera cronológica, en primer lugar en Suiza, después en Italia, gracias a la primera invitación de A. Cervati en Roma, posteriormente de mis amigos P. Ridola, A. D’Atena y F. Lanchester. En España debo mencionar también a A. López Pina y a P. Cruz Villalón, que fuera presidente de su Tribunal Constitucional. Finalmente, tuve la fortuna de descubrir en la Universidad de Granada a mi entrevistador, el profesor F. Balaguer, así como al profesor G. Cámara y al círculo académico de Granada. En el ámbito europeo debo mencionar también a los profesores J.

Gomes-Canotilho y J. Miranda en Portugal, así como al profesor Z. Posavec en Croacia.

También querría hacer mención aquí a mis muy enriquecedores encuentros en América Latina: con D. Valadés en México, D. García Belaunde y C. Landa en Lima (anterior presidente del Tribunal Constitucional de Perú, ahora magistrado, que estudió conmigo en Bayreuth durante un año), así como R. G. Ferrer en Buenos Aires. Finalmente, debo destacar al muy conocido presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en Brasilia, G. Mendes, y a nuestro querido colega I. Sarlet en Porto Alegre. La actitud correcta en este intercambio científico se puede caracterizar con los términos siguientes: sensibilidad, sinceridad y respeto. Siempre es importante la capacidad de escuchar para entender las peculiaridades culturales de otros países. Ante todo, intento siempre liberarme de cualquier eurocentrismo.

3. La sociedad abierta de los intérpretes de Peter Häberle

Resulta inevitable que la obra de los grandes pensadores sea objeto de interpretaciones muy diversas. Con motivo de nuestro último congreso en Granada, me permití recurrir a una de sus teorías para hacer referencia a la complejidad de su pensamiento y a la diversidad de planteamientos que está generando “la sociedad abierta de los intérpretes de Peter Häberle”. Me pareció necesario hacerlo porque creo que es importante que en el futuro la obra de Häberle siga abierta a nuevas interpretaciones y desarrollos sin que sea monopolizada ni siquiera por quienes nos consideramos sus discípulos más directos, pero quisiera conocer también su opinión sobre esta —acaso algo irreverente— propuesta que realicé en el Congreso del año pasado.

Sus palabras acerca de la “sociedad abierta de los intérpretes de Peter Häberle” deben entenderse, naturalmente, sólo en sentido irónico. Esa formulación la acepto gustosamente como una prueba de amistad por su parte. Sin embargo, quisiera dejar

a un lado mi persona y centrarme en las cuestiones sustantivas en relación con algunos aspectos que podrían resultar relevantes en el sentido al que usted se refiere, respecto de la cuestión general de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución y de los procesos normativos que tienen lugar a través de las fuentes del derecho. Ciertamente, en esta casa apenas si me atrevo a hablar de fuentes del derecho, porque mi estimado anfitrión F. Balaguer ha escrito sobre este tema una excelente monografía y conoce muy bien la materia. Sin embargo, soy de la opinión de que en el espíritu de la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución y del poder constituyente” no puede hablarse ya de *numerus clausus* de las fuentes del derecho en Europa y más allá de Europa. Yo abogo por un *numerus apertus* de las fuentes del derecho y menciono un ejemplo: el TJUE ha desarrollado la teoría de los principios generales del derecho que han sido recibidos posteriormente en los textos de los tratados de la Unión Europea. El jurista tiene que estar preparado, ante todo, también en el ámbito del derecho internacional para acuñar y descubrir nuevas fuentes del derecho.

Por lo que se refiere al derecho internacional, nos preguntamos: ¿quién hace evolucionar al derecho internacional? Esta es una cuestión central que me he planteado durante años, ¿qué instituciones y qué personas participan en este proceso de desarrollo? Entre las instituciones están, ciertamente, el Consejo de Seguridad de la ONU, los tribunales internacionales de la ONU, como la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Penal Internacional. Para mí es importante, sin embargo, que no sólo las instituciones estatales, sino también las fuerzas no estatales, tales como las ONG (Greenpeace, Transparencia Internacional, Amnistía Internacional, por ejemplo), participen en el desarrollo del derecho internacional.

Por otra parte, es importante desarrollar la idea, como se ha hecho en Brasil —gracias a G. Mendes, que ha publicado allí mi trabajo sobre “la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”—, acerca de la activación y dinamización del derecho

procesal constitucional. Me refiero a las personas que no pueden y las que pueden intervenir, teniendo acceso a los procesos ante el Tribunal Supremo Federal en Brasilia. Aquí se renueva de manera importante mi aportación personal de 1975 acerca de la interpretación constitucional.

En tercer lugar, quería proponer una nueva teoría del poder constituyente, que he formulado hace unas pocas semanas y que aparecerá en breve en la editorial Mohr Siebeck, en Tübingen. Se trata de lo siguiente: la editorial de Tübingen publica en estas semanas una segunda edición del afamado tomo I del *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, que en su tiempo fuera editado por el gran Leibholz (1951). La editorial me ofreció que preparara esa edición y redactara una introducción. En esa introducción, con motivo de la lectura de miles de páginas correspondientes a la declaración de miembros del gran Consejo Parlamentario, que elaboró en 1949 la Ley Fundamental en Bonn, descubro que los padres y las madres de la Ley Fundamental utilizaron cinco métodos de trabajo para la redacción del texto. Recurrieron al derecho comparado en el tiempo y en el espacio; también, en gran medida, a la interpretación literal, y trabajaron con perspectiva sistemática y teleológica. Además, desarrollaron un admirable catálogo de *topoi* con los conceptos de seguridad jurídica, de justicia y de racionalidad. Además, se encuentran las huellas de un principio científico-cultural, así como los esfuerzos para cualificar determinadas ideas jurídicas como “problemas de la verdad”.

En general, tenemos que preguntarnos, también en relación con el poder constituyente, acerca de los instrumentos metodológicos y procesales que utiliza para la formulación de sus textos. Si bien sólo unos pocos juristas formaban parte del Consejo Parlamentario, he podido comprobar el uso de los cinco conocidos métodos de interpretación por parte de los entonces constituyentes. Quizá pudiera establecerse algo similar en relación con los trabajos constituyentes en España (1978), en los que participó el famoso jurista L. Sánchez Agesta (abuelo de su discípulo, M. Azpitarte). Acentúo de nuevo: hay una asombrosa analogía entre

los métodos jurídicos de interpretación y los métodos de trabajo de los constituyentes. Para mí, esto ha sido una gran sorpresa. Además, he estudiado los 123 volúmenes de sentencias del TCFA, analizando cuándo y dónde el TFCA ha tenido en cuenta en sus decisiones la “prehistoria” de la Ley Fundamental en el Consejo Parlamentario. Queda como tarea de las próximas generaciones de constitucionalistas analizar los métodos de trabajo de las personas que han participado en los procesos constituyentes a lo largo del mundo. Los constituyentes piensan y trabajan, por así decirlo, con los métodos de interpretación clásicos en la cabeza, con lo que es también verificable el recurso a la comparación jurídica como quinto método de interpretación.

En suma, he mencionado algunos temas y ejemplos que nos muestran cómo podría afinarse y mejorarse en el futuro el paradigma de “la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Es importante, desde luego (quiero resaltar esto desde la perspectiva general y no personal en la que me he situado al contestar a su pregunta), que no pretendamos una monopolización del paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y de los constituyentes”, como corresponde a un espíritu de apertura y de respeto a otros académicos. Soy consciente de que mis propuestas sólo pueden aportar una parte de la verdad y, desde luego, no se formulan de manera agresiva contra otros académicos y sus paradigmas.

4. Maestros y discípulos

Durante estos años, ha habido muchos motivos de alegría, con sus últimos discípulos alemanes y de otros países (singularmente, si me permite, de España y de Granada) que han accedido a la cátedra o que han adquirido posiciones importantes, por ejemplo, en el campo de la política. Al mismo tiempo, no podemos por menos que recordar la figura de Konrad Hesse, que falleciera el 15 de marzo de 2005 y a quien usted dedicara una semblanza publicada en Alemania y también en nuestra revista.

Unas palabras acerca de su maravillosa indicación sobre maestros y discípulos. Hasta ahora he tenido el honor y la alegría de estar ya diecisiete veces invitado por su Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Granada. Para mí, ha sido una gran fortuna poder observar cómo los estudiantes y doctorandos que he ido conociendo desde 1994 (y que en algunos casos han realizado estancias de investigación en mi cátedra de Bayreuth) se han convertido ya en excelentes jóvenes profesores titulares (como R. Martín Morales, B. Oliver, E. Guillén, J. F. Sánchez Barrilao, C. Pérez Villalobos o M. Azpitarte) o cate-dráticos (como J. A. Montilla, J. M. Porrás o A. Ruiz Robledo).

Las relaciones entre maestros y discípulos en la ciencia se corresponden con la antigua noción de “academia” y con el nuevo concepto de “contrato entre generaciones de científicos”. Esas relaciones no son siempre fáciles: cuanto más desarrollan los discípulos su personalidad, más tienen que estar los maestros dispuestos a respetar esa esfera propia. Al final, con fortuna, la antigua relación entre maestros y discípulos termina convirtiéndose en una relación de amistad paternal. He bosquejado estos procesos en mi “Pädagogischen Briefen an einen jungen Verfassungsjuristen”, que se publicará como monografía breve en algunos meses. En el arte y en la filosofía encontramos los ejemplos más afortunados de una relación fructífera entre maestros y discípulos. Pensemos sólo en Haydn en relación con Beethoven: a pesar de que Beethoven quizá consiguiera una mayor celebridad, siempre manifestó su gratitud de manera humilde frente a Haydn. En definitiva, las relaciones entre maestros y discípulos exigen mucha sensibilidad, continuidad y lealtad por ambas partes. Por mi parte, sigo estando agradecido a mis maestros, Konrad Hesse y Horst Emke, también a Erik Wolf y Arnold Bergstraesser.

5. El derecho constitucional de nuestro tiempo

Profesor Häberle, usted ha dedicado toda su vida a la Universidad y al estudio del derecho. En el mundo de hoy, el derecho está

cada vez más cuestionado como instrumento de convivencia y de racionalización de la sociedad, y cede, en demasiadas ocasiones, a la voluntad política o a las interferencias de los mercados. ¿Qué mensaje le gustaría transmitir a las nuevas generaciones de juristas —y muy especialmente a quienes realizan su labor en el contexto universitario— en relación con la función que le corresponde al derecho y específicamente al derecho constitucional en las sociedades de nuestra época?

La pregunta sobre el derecho constitucional de nuestro tiempo es una de las más difíciles de responder y forma parte de las “Gretchenfragen” que usted me suele plantear y que apenas pueden ser objeto de respuesta. Recordemos la famosa pregunta de Gretchen a Fausto: “pues dime ¿qué piensas tu relación de la religión?”. Para improvisar una respuesta diría que tan difícil como para la teología resulta contestar a la pregunta “¿qué es Dios” resulta para los juristas responder a la cuestión “¿qué es la justicia y que es la verdad?”, pese a que hay muchas teorías clásicas y modernas sobre la justicia y la verdad (de Aristóteles a Rawls, de Averroes a Gadamer).

Para las siguientes generaciones de juristas, me parece especialmente importante que aprendan varios idiomas. A Goethe debemos la maravillosa sentencia: “quien no conoce ninguna lengua extranjera, tampoco conoce la propia”. Esta idea querría transmitir a los juristas europeos: deberían conocer, en lo posible, muchas culturas jurídicas nacionales para comprender la propia. Por otra parte, la ciencia exige una alta autonomía personal, y por ese motivo yo he renunciado a la realización de dictámenes y he procurado mantener cierta distancia frente a los partidos políticos, aun reconociendo su importancia para el sistema democrático. Podemos recordar los textos clásicos de W. von Humboldt en los que la ciencia se caracteriza como una permanente búsqueda de la verdad. Yo he reformulado esa referencia específicamente para la ciencia jurídica de la manera siguiente:

“la ciencia del Derecho es la búsqueda permanente de la Justicia porque la Justicia es la Verdad del Derecho”.

Hasta aquí me he expresado en un sentido más bien abstracto, pero quisiera también poner un ejemplo concreto: el gran reto de nuestro tiempo es la lucha contra el excesivo poder de los mercados y contra la mercantilización de todas las condiciones de vida. Desde el punto de vista de la teoría constitucional, hay que considerar lo siguiente: debemos pensar en el mercado sólo de manera instrumental, al servicio de los seres humanos y de la ciudadanía, no como un fin en sí mismo. Sin embargo, ¿qué es lo que estamos viendo actualmente? Estados grandes y pequeños se ven sometidos a la presión de especuladores irresponsables y de las bolsas, como ha ocurrido con Grecia. De repente, el Estado democrático se tiene que enfrentar no ya a agresiones militares, sino al poder de las bolsas y de los especuladores, que todavía no hemos conseguido controlar. Deberíamos desarrollar un instrumento para domesticar el capitalismo. Como no soy economista, pese a tener la mejor voluntad, no puedo hacer propuestas concretas. Pero, desde mi punto de vista, en nuestros días se puede hablar de una capitulación total de la económica política como ciencia; por desgracia, en gran medida, la economía nacional ha fracasado.

II. GLOBALIZACIÓN

1. *Los efectos de la globalización*

Pasamos ahora a un bloque de preguntas sobre el proceso de globalización. La segunda globalización, en la que estamos inmersos desde los años cincuenta del pasado siglo, pero que ha adquirido un desarrollo acelerado en los últimos años, está generando un aumento de las diferencias económicas entre países ricos y pobres, así como un incremento del desnivel económico entre los sectores sociales más pobres y los más ricos dentro de cada país. ¿Puede hacer algo el derecho constitucional, tanto a

nivel interno como internacional, para controlar y humanizar la globalización?

Puedo examinar la cuestión de la globalización inicialmente desde la historia del concepto para dirigirme después a los problemas actuales. La globalización apela al globo terrestre, a nuestro mundo, que no siempre se ha percibido con las mismas dimensiones: en la antigüedad griega, en los tiempos de las guerras persas, existía sólo el mundo helénico. Pensemos en las guerras del Peloponeso y en las guerras persas que se entendían entonces como guerras mundiales. En la época del helenismo, el mundo se identificaba con Grecia.

Dando un gran salto en el tiempo, pensemos en el inefable tiempo del colonialismo europeo en el que deberíamos avergonzarnos, por ejemplo, de lo que las potencias occidentales, especialmente Gran Bretaña, hicieron contra China en la guerra del opio. Se trataba de guerras de agresión que no se pueden justificar de ninguna manera. Es el caso también del reparto esclavista de África por las potencias europeas. La esclavización y humillación de la población nativa africana en América fue igualmente un crimen contra la humanidad.

Pero pasemos al segundo plano, ¿qué podemos hacer contra los peligros de la globalización? Por un lado, la globalización presenta aspectos positivos: apertura de los mercados, más intercambio de ideas, de mercancías y de servicios entre las diferentes culturas; por otro lado, los peligros son enormes. Tenemos por delante la tarea de humanizar la globalización, tal y como usted mismo ha formulado. Aquí hay que pensar, ante todo, en los seres humanos y en la ciudadanía, y deberíamos hacerlo desde dos perspectivas. Necesitamos una nueva Escuela de Salamanca, como yo vengo expresando desde hace diez años, en España y en Latinoamérica. El derecho internacional debe definirse de nuevo partiendo de los seres humanos y la ciudadanía. No hay ya derecho estatal y derecho internacional, sino derecho constitucionalizado de los seres humanos.

Es importante reconocer también que la globalización puede estructurarse a través de asociaciones estatales de carácter regional. La más importante es la Unión Europea como comunidad constitucional. Nuestro amigo griego, tempranamente desaparecido, Dimitris Tsatsos, hablaba, en relación con esta cuestión, de la Unión Europea como de “orden fundamental”. Menos intensas son las asociaciones de otros continentes: Mercosur o el Pacto Andino en América Latina; en Asia también se ha comenzado a promover una asociación de Estados, la ASEAN. En definitiva, las asociaciones regionales de Estados son un elemento irrenunciable de división del poder para la estructuración de una globalización que sería en otro caso demasiado poderosa, si bien, necesariamente, tenemos que apoyarnos todavía en el Estado constitucional nacional.

Quisiera mencionar también a África porque igualmente allí, aunque sea en su manifestación más débil, podemos encontrar procesos de integración supranacional. Volvamos nuestra atención a las Constituciones africanas. Algunas contemplan expresamente en sus textos una renuncia total o parcial a la soberanía estatal a favor de alianzas de los pueblos de África. Si no recuerdo mal, esta tendencia adquiere una formulación especialmente destacable y lograda en la Constitución de Mali. Después, está la Unión Africana, por más que su funcionamiento sea, a menudo, tan deficiente. Finalmente, existe una Declaración de Derechos Humanos africana, la Carta de Banjul. Esto no es más que un ejemplo adicional a otros posibles que muestran cómo podemos observar hoy en el mundo comunidades supranacionales y procesos diversos de integración supranacional de diferentes densidades. Yo espero que África especialmente pueda encontrar una forma definitiva, en lo que a integración supranacional se refiere, para compensar las desventajas de la globalización, particularmente las pérdidas de identidad de los pequeños Estados.

2. *Las potencias emergentes*

La globalización está generando un nuevo orden mundial orientado cada vez más hacia los países emergentes. Ejemplos recientes de esta transformación los hemos tenido en relación con Alemania, que ha cedido su posición como tercera potencia mundial (y también como primera potencia exportadora) a China. En breve, China será la segunda potencia mundial, y en relativamente pocos años, la primera. En esos mismos años, Alemania pasará a ser la novena o décima potencia mundial, por detrás de países como India, Indonesia o Brasil, entre otros; entonces ¿seguirá siendo la cultura constitucional europea un referente inexcusable en un orden mundial en el que las antiguas potencias coloniales carecen ya de poder efectivo?

Esta nueva pregunta casi requiere un profeta. No es cometido de los juristas profetizar, a diferencia quizá de los artistas. Esto no quiere decir que no podamos hacer, con toda modestia, algunas propuestas de futuro. Por lo demás, usted conoce el pequeño proverbio de mis clases del pasado: “algunas cuestiones del futuro sólo pueden ser resueltas por el Espíritu Universal, en el sentido de Hegel. Pero como el *Weltgeist* no es Suabo como yo, no puedo contestarlas”. Hablando en serio: es muy importante que usted como español, que siempre ha sentido una gran simpatía por Alemania y que se preocupa y se interesa por Alemania, compruebe que ya no es la tercera potencia mundial. Fue superada por China. Yo casi me alegro de eso, porque Alemania es y permanece, desafortunadamente, como una “nación con peligro”, como nuestro ex canciller federal H. Schmidt afirmara recientemente. Por eso era tan importante la incorporación de Alemania al Euro, gracias a H. Kohl. Yo aprecio la cultura alemana, especialmente el idealismo alemán y los clásicos de Weimar “sobre todo” (*über alles*) en el doble sentido de esta expresión. No es bueno para Europa y el mundo que Alemania sea una potencia económica tan grande. Por tanto, dejémonos

superar con gusto por China y otras potencias emergentes, como Brasil e India.

Unas palabras sobre Brasil, así como sobre Indonesia e India. En los países latinoamericanos ejerce influencia el modelo de la excepcional Constitución estadounidense de 1787 también en los textos. Son muchas las cosas positivas que se pueden decir de estos países. En especial, respecto de Brasil, el Supremo Tribunal Federal se ha orientado últimamente a los planteamientos de algunos constitucionalistas alemanes. Por lo que se refiere a Indonesia e India, siguen más el modelo del mundo anglosajón. Es de suponer que en el futuro no sólo una parte de la cultura jurídica europea tendrá relevancia en otros continentes. La jurisdicción constitucional podría seguir a lo largo del mundo su marcha triunfal. Yo espero que la idea de protección de las minorías también se refuerce en el constitucionalismo asiático del futuro.

Hace trece años que aventuré la idea, en mi viaje a Japón, de que Corea del Sur y Japón podrían desarrollar conjuntamente a mediano plazo un derecho constitucional común asiático. Aquí tendríamos que trabajar con mi modelo del desarrollo gradual de los textos, que propusiera hace quince años. Los otros continentes y sus culturas jurídicas pueden asumir los textos sobre derechos humanos de la ONU, así como acoger la doctrina del TCFA o de España, pero en su contexto propio y nuevo alcanzarán nuevos niveles de crecimiento de acuerdo con su cultura jurídica. Tampoco aquí debemos pensar de manera eurocéntrica, tenemos que aprender a tomar en serio la identidad de otras culturas, y culturas jurídicas; en particular, no deberíamos pretender una exportación excesivamente rápida de la democracia. Un ejemplo: quizá el Afganistán de hoy no esté todavía maduro para una democracia; hay allí sociedades tribales tradicionales que tienen sus propias formas, y no podemos, como Estados Unidos pretende, “irrumper”, de una manera ingenua, con nuestras propias representaciones. Sin embargo, deberíamos aconsejar encañonadamente a Irak que otorgara a los kurdos de allí toda la autonomía posible, aunque ya hay indicios de ello. Por otra parte,

deberíamos reclamar a China, de manera enfática, la concesión de autonomía cultural al Tibet.

3. Especial referencia a Latinoamérica como laboratorio del derecho constitucional

Hace once años, con motivo de la celebración de un Congreso en su honor en Baden-Baden (1999), me encargó la elaboración de una ponencia sobre el Estado constitucional en el contexto iberoamericano [“Der Verfassungsstaat in iberoamerikanischem Kontext”, en Morlok, Martin (Hrsg.), Die Welt des Verfassungsstaates, Nomos, Baden-Baden, 2001]. Tuve ocasión entonces de aplicar sus planteamientos metodológicos para constatar cómo en el laboratorio constitucional iberoamericano se estaban desarrollando nuevas fórmulas, producto de la combinación de influencias norteamericanas y europeas que confluyen sobre el Estado constitucional en esos países. Se trataba de un ejemplo claro de sus tesis sobre el proceso permanente de producción y recepción en el ámbito del derecho constitucional y de su paradigma sobre la evolución de los textos constitucionales. ¿Qué opinión tiene de los últimos desarrollos del derecho constitucional en Iberoamérica?

Recuerdo de una manera tan viva como grata su espléndida conferencia en Baden-Baden, que fue modélica en tantos sentidos. Entonces, en 1999, estaban presentes, entre otras, en la sala donde se celebraba el congreso en mi honor, dos personalidades extraordinarias: mi maestro, el profesor Konrad Hesse, y el entonces presidente de su Tribunal Constitucional, P. Cruz Villalón. Recuerdo todavía de una manera muy precisa la elegancia con la que usted comenzó su excelente conferencia dirigiéndose a ambos, y refiriéndose a P. Cruz como la máxima autoridad española, no sólo jurisdiccional, sino también académica, presente en la sala. También a mí me conmovió ese comienzo, comparable

a un preludio o una obertura, como un prólogo a las siguientes ponencias y el debate.

Pasamos a su tesis acerca de Latinoamérica como un gran laboratorio de experimentación en materia de derecho constitucional. Estoy muy de acuerdo con usted. Durante mis cinco viajes a Latinoamérica, he podido observar cómo ese continente, en el plano de la tríada de textos, jurisprudencia y doctrina, merece la mayor atención por parte de los europeos. No pocos colegas en Alemania, y especialmente en Francia, conservan un eurocentrismo convencional y no reconocen que tras la superación de muchas dictaduras en los países latinoamericanos tiene lugar allí un proceso muy vivo de desarrollo constitucional, en el que se están produciendo unas relaciones muy intensas de producción y recepción con fructíferos avances en los niveles textuales. Menciono algunos ejemplos: el proceso de amparo, la configuración extensiva del derecho procesal constitucional en Brasil, en el espíritu de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, el *Ombudsman* —una aportación específica de H. Fix-Zamudio en México—.

Cada uno a su manera, la mayor parte de los países de Latinoamérica aportan mucho al derecho constitucional; por ejemplo, en materia electoral, en relación con estructuras jurídicas del Estado de derecho, en la protección de los derechos fundamentales, en la división de poderes y en la jurisdicción constitucional. Permítame, tras esos merecidos elogios, una cierta moderación, pues también es necesario reconocer los déficits que existen todavía. Así, en materia de protección del medio ambiente, por ejemplo, en Brasil, en la selva amazónica. Además, no estoy seguro de si la población indígena está realmente disfrutando de los derechos que le corresponden, o si, por el contrario, esos derechos sólo están presentes en los hermosos textos que se les han dedicado. Nuestro amigo R. G. Ferreyra defendió recientemente esos derechos ante la Corte Suprema de Argentina, haciéndolos valer en la práctica.

4. *El derecho constitucional frente al nuevo orden mundial*

En un mundo globalizado, el derecho constitucional que conocemos va a tener límites infranqueables para implantarse, y dificultades de articulación en relación con valores culturales muy diferentes, por ejemplo en China ¿cómo valora este proceso?

En este punto es especialmente importante que tengamos cierta comprensión con China: se trata de una cultura refinada y milenaria, que ha sido pionera en su tiempo en grandes descubrimientos. China fue, como ya hemos mencionado, humillada en la guerra del opio durante el siglo XIX y entiendo perfectamente que luchara duramente por su independencia. Por supuesto que se plantea la cuestión de si podemos hablar de un “Estado de derecho socialista” en el sentido de China. Alemania se esfuerza desde hace años por un, así llamado, “diálogo sobre el Estado de derecho”. Me resulta particularmente desafortunado que en China no se haya conseguido conceder al Tíbet un mínimo de autonomía cultural; el Dalai Lama habla incluso de un genocidio cultural. Hay muchos ejemplos modélicos a lo largo del mundo de posibles fórmulas de autonomía.

5. *¿Hacia la constitucionalización global?*

Una de las paradojas que está produciendo la globalización es que los poderes económicos adquieren una dimensión mundial, mientras que los Estados siguen actuando sobre una base nacional, desde el punto de vista constitucional, aunque utilicen el derecho internacional para concertar esfuerzos y políticas comunes. Sin embargo, no debemos olvidar que el derecho internacional y el derecho constitucional se basan en principios diferentes: mientras el primero se asienta sobre el principio de soberanía estatal, el segundo se configura en sentido moderno a través de la limitación jurídica del poder estatal y de la negación

misma del principio de soberanía. En esas condiciones, en las que el Estado constitucional sigue siendo el referente inexcusable del derecho constitucional, ¿podemos pensar realmente en una constitucionalización global que sea compatible con el principio de soberanía estatal?

La respuesta que se encuentra implícita en su pregunta merece completo acuerdo. En mi opinión, su tesis es novedosa y espero que en su próximo proyecto de investigación sobre globalización pueda avanzar por ese camino: también gracias a las posibilidades que le ofrece la cátedra Jean Monnet “Ad personam” que le acaban de conceder y por la que le felicito.

Por otra parte, esta pregunta toca la fibra sensible del tiempo, por lo que igualmente aquí sólo puedo aportar respuestas provisionales y plantear algunas cuestiones adicionales. Mi tesis en relación con la “constitucionalización del derecho internacional” o del mundo en su conjunto es, sin embargo, que sólo es posible una “constitucionalización parcial”, del mismo modo que tenemos “Constituciones parciales” en el ámbito de la Unión Europea. No vamos a llegar a un Estado mundial ni a un gobierno mundial o a una Constitución mundial. Tampoco deberíamos aspirar a eso. No obstante, necesitamos grandes utopías, como la utopía de I. Kant sobre la paz perpetua (1795, ¿uno se puede imaginar en qué época ideó Kant esta utopía positiva!). En general, mi convicción es que la ciencia del derecho constitucional necesita un mínimo *quantum* de utopía cada vez más y cada vez en más ámbitos problemáticos para poder dar frutos en el futuro (ejemplo fue y es la unificación alemana como tarea constitucional en el preámbulo de la Ley Fundamental de 1949, y la afortunada reunificación de 1990).

Ejemplos de esa constitucionalización parcial son la Carta de las Naciones Unidas, que bien podría considerarse influida por el idealismo alemán, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tribunales de la ONU, así como la protección del patrimonio cultural a través de la UNESCO; eventualmente, también en

la protección de los fondos marinos y del espacio exterior. Aunque pueden considerarse pasos pequeños, no dejan de ser avances en el espíritu de la filosofía de K. Popper. Precisamente en el derecho internacional y su constitucionalización parcial necesitamos un mínimo de optimismo para la construcción del futuro.

Con razón lleva usted la cuestión de la soberanía estatal al centro. El concepto de soberanía estatal procede del siglo XVI (J. Bodino) y se ha desarrollado posteriormente como un elemento clásico del Estado. Sin embargo, precisamente en las últimas décadas, ha experimentado importantes cambios. He aquí un extraordinario ejemplo: la soberanía monetaria, durante mucho tiempo un elemento e instrumento clásico de la ideología de la soberanía, se ha suprimido actualmente, en el marco de la unión monetaria, para los Estados integrados en la zona euro de la Unión Europea. Se están produciendo transformaciones drásticas en el concepto de soberanía, y es algo que se manifiesta también en el carácter vinculante de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, incluso si, por ejemplo, Rusia no cumple todas las sentencias. En conjunto, no podemos definir ya hoy a la soberanía como “Rocher de bronce”. Pero tiene usted razón en la idea de que el Estado constitucional nacional, ya parcialmente soberano, sigue siendo imprescindible en el orden jurídico internacional actual. Olvidamos demasiado fácilmente que sólo un tercio de los 193 Estados del mundo son Estados constitucionales en el sentido que nosotros le damos a ese concepto.

III. INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

1. *La integración supranacional como respuesta a la globalización*

Abordamos ahora un tercer bloque de cuestiones relativas a los procesos de integración supranacional. Los procesos de inte-

gración supranacional se están generando como una respuesta a la globalización. A través de estos procesos, los Estados se abren a escenarios supranacionales que hacen posible un cierto contrapeso a los grandes poderes económicos mundiales. La integración supranacional nos viene ya dada, por tanto, y como constitucionalistas tenemos que procurar desarrollar una teoría constitucional de la integración supranacional, como ha hecho usted en los últimos años por referencia esencialmente a Europa. Desde esa perspectiva, me parece especialmente relevante su teoría de las Constituciones parciales, aplicada a la Unión Europea, porque supone, entre otras cosas, la afirmación clara y rotunda de que el derecho constitucional es una voz inexcusable en el debate sobre la integración supranacional, ya que una parte del derecho constitucional que antes era estatal ha pasado ahora —con todas las deficiencias y los problemas que ello pueda plantear y que como constitucionalistas tenemos que intentar solventar— al nivel supranacional.

También con esta pregunta aborda usted un problema central en la actualidad. Dos conceptos teóricos dominan el debate más allá de Alemania. Unos hablan de “constitucionalismo multinivel”; otros, de “pluralismo jurídico”. Desde hace unos diez años he expresado una crítica severa contra la idea del “sistema multinivel”, en la medida en que se ha concebido de un modo jerárquico. No se puede decir que el derecho constitucional de la UE y el TJUE sean jerárquicamente superiores a los derechos constitucionales nacionales en sus respectivos ámbitos (tampoco el derecho estatal es jerárquicamente inferior al federal en un Estado federal). Por ese motivo, yo rechazo el concepto jerárquico de “constitucionalismo multinivel”. De otro modo se puede contemplar el “pluralismo jurídico”, incluso si hay que lamentar que en Alemania se introduzcan cada vez más conceptos angloamericanos.

También quisiera hacer una referencia a mi idea de “Constitución parcial” que desarrollé hace unos doce años respecto de la

Unión Europea. Me alegra que usted haya hecho referencia a ese concepto. Los Estados miembros de la UE que gustosamente se presentan a sí mismos, antes como ahora, como los señores “soberanos” de la UE, sólo son, en verdad, parcialmente soberanos, pues han cedido muchas competencias a Europa no sólo por lo que a la jurisdicción se refiere. Con todo, debemos diferenciar entre la Europa en sentido estricto de la UE y la Europa en sentido amplio del Consejo de Europa del CEDH y del TEDH en Estrasburgo. Los Estados miembros de la UE ganan a través del plano superior de la “comunitarización” —como en la cuestión de la moneda común, los países miembros de la zona euro—, competencias en el ámbito europeo. Podemos observar, por tanto, una cuenta de pérdidas y ganancias diferenciada, y tenemos que reconocer de nuevo que afrontamos una evolución abierta del concepto de soberanía.

2. Integración supranacional y democracia

Uno de los problemas de la integración supranacional es el déficit democrático que genera la ausencia de un espacio público supranacional desarrollado en el que la ciudadanía intervenga directamente. Los Estados son los agentes esenciales de los procesos de integración y los realizan desde el principio de la soberanía estatal y mediante las técnicas del derecho internacional. ¿Qué puede aportar el derecho constitucional a la democratización de las instituciones supranacionales?

Esta cuestión profundamente acuciante se puede ejemplificar, en primer término, en la Unión Europea, aunque también se podría plantear en relación con África, Asia o Latinoamérica. Con razón dice usted que los Estados intentan monopolizar para ellos todas las actividades en el ámbito supranacional y transnacional ¿A qué instrumentos y procesos se puede recurrir contra esta tendencia? En el preludio del Proyecto de Tratado Constitu-

cional de 2004 planteé sin éxito la cuestión de si no deberíamos aprender de Suiza. Ésta vive la democracia semidirecta en los tres niveles de su organización política: municipal, cantonal y federal. Suiza conoce el hermoso concepto de los “derechos del pueblo”. Francia y España utilizan también el igualmente hermoso concepto de libertades públicas. Cuando derivamos, como yo desde 1987 (en *Handbuch des Staatsrechts*, tomo I), la democracia de la dignidad de la persona, entonces tenemos que desarrollar también instrumentos y procesos que hagan posible la democratización de las organizaciones supranacionales.

Una pequeña clave: la democracia semidirecta o participativa. En varios de los proyectos de Constitución para la UE, por ejemplo en el de J. Leinen y el conocido como Proyecto de Berlín (los he publicado todos en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*), se contemplaban posibilidades jurídicas para la iniciativa popular. Desgraciadamente, en el Tratado de Lisboa de 2009 sólo ha quedado un pequeño resto: un millón de ciudadanos de la UE pueden ejercer la iniciativa legislativa popular. En particular, necesitamos un espacio público europeo. En 1998, planteé, por primera vez, en un libro homenaje en Suiza, la cuestión de si “¿hay un espacio público europeo?”. Tendríamos que fortalecer, en lo posible, todas las formas de espacio público como vehículo de la democracia, y evitar tendencias monopolísticas. La situación de los medios de comunicación en Italia, bajo el régimen de S. Berlusconi, es la de una abierta lesión del derecho constitucional europeo en los preceptos relativos al pluralismo en los medios de comunicación.

También debemos tener en cuenta que las decisiones del TJUE y del TEDH se imponen, y pueden desarrollar eficazmente derechos de participación social y democrática. Es especialmente destacable que el TJUE ha desarrollado en los últimos años, poco a poco, un núcleo de derechos sociales en el sentido de la cláusula de Estado social de H. Heller. La formulación de este concepto de Estado social de derecho en los tiempos de Weimar

documenta una vez más que nosotros nos alzamos actualmente como enanos en los hombros de los gigantes de aquella época.

3. *Garantía de los derechos a nivel supranacional*

La garantía de los derechos a nivel supranacional se ha configurado como una protección básicamente pretoriana, que ha realizado grandes aportaciones, aunque altera el delicado equilibrio que se da a nivel nacional entre la Constitución, el legislador democrático y la jurisdicción constitucional. Por otro lado, esta formulación pretoriana sitúa en primer término la cuestión de la colaboración entre las distintas instancias jurisdiccionales europeas, que puede contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales.

En mi país hay una fuerte discusión acerca de la cuestión clave de “confrontación o cooperación” entre el TJUE en Luxemburgo y el TCFA en Karlsruhe. Usted pone el acento, con razón, precisamente en las aportaciones pretorianas del TJUE, antes hablamos de los “principios generales del derecho”. El TJUE ha desarrollado muchos derechos fundamentales no escritos (como también, por lo demás, el Tribunal Federal Suizo de Lausana), como la prohibición de discriminación y la igualdad de trato de mujeres y hombres, así como muchos otros que posteriormente han sido positivados en el derecho europeo.

Desgraciadamente, muchos profesores alemanes son especialmente críticos con el TJUE. Yo siempre he elogiado el papel desarrollado por el TJUE como motor de la integración europea. Tanto más me entristece, pues, la sentencia Lisboa del TCFA. Las decisiones del Tribunal Constitucional de la República Checa sobre el Tratado de Lisboa son mucho mejores. Ese Tribunal no extrema el activismo judicial y deja un margen de maniobra para la conformación de la política europea de Chequia. Si la doctrina de la sentencia Lisboa del TCFA se mantiene en el futu-

ro, esto supondrá una confrontación. Sin embargo, necesitamos una cooperación mutua, fructífera, entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales nacionales. Ciertamente, hay que decirlo también claramente, en la Europa de la Unión Europea los tribunales constitucionales nacionales deben ser también tribunales europeos, en la percepción que tengan de sí mismos y en sus decisiones.

4. *Las nuevas temáticas constitucionales*

En los últimos tiempos estamos asistiendo a nuevas temáticas constitucionales que superan la percepción tradicional centrada en las relaciones entre los poderes estatales. El derecho constitucional de nuestro tiempo atiende a requerimientos sociales, tales como la igualdad de género, la integración de las personas inmigrantes o la protección del medio ambiente, que son temáticas que han adquirido también una dimensión muy relevante en el ámbito de la integración supranacional, al menos en Europa.

Es digno de elogio que sus preguntas se concentren en las nuevas temáticas del derecho constitucional. Podemos mencionar varios ejemplos: la igualdad de trato entre mujeres y hombres, la integración de los inmigrantes, y la eliminación de la discriminación de los homosexuales (en Alemania tenemos, por suerte, el registro de parejas de hecho). Especialmente importante es para mí el tema de las relaciones con los inmigrantes. En ese ámbito, países como España o Italia, con fronteras exteriores de la UE, tienen más problemas en relación con los flujos migratorios que Alemania, que somos una especie de país interior.

La cuestión es qué programas de integración podemos diseñar en el Estado constitucional nacional para integrar a los emigrantes en lo que sea posible respetando al mismo tiempo su identidad. Esta cuestión se plantea también en relación con los inmigrantes islámicos, en particular con los turcos. Entre nosotros existe ahora mismo el debate acerca de si se debe incluir una

especialidad sobre la enseñanza del islam en las universidades estatales. Se ha creado una conferencia sobre el islam y se discute si tiene que haber un oratorio para los estudiantes islámicos en las escuelas estatales. En mi opinión, se trataría de desarrollar un “Euro-Islam”, pero ciertamente no sé si el islam, que ya está fuertemente diferenciado en el plano interno, o sus líderes, están preparados para ello.

De manera dramática se plantean las cuestiones relativas a la protección de la privacidad en relación con Internet en los tiempos recientes. Seguramente conoce mejor que yo las cuestiones planteadas en relación con Google. En Alemania, hay ahora autos (Google Earth, Google Street View) que fotografían todo poniendo en peligro la esfera privada. Al menos tan malo como esto es que los jóvenes de hoy, a través de instrumentos, tales como Facebook y Twitter, pongan en cuestión su propia privacidad. Para este tipo de cuestiones, precisamente, el TCFA, hace ya décadas, estableció, de forma pionera, el derecho a la autodeterminación informativa. Tenemos que preguntarnos ¿qué puede y debe aportar el Estado constitucional para proteger la esfera privada en esos ámbitos de manera efectiva? Otra cuestión a añadir es la de la protección de los derechos de autor, que son ignorados en las llamadas “descargas” de Internet. En su tiempo fue una demanda del idealismo alemán, nada menos que de Goethe, y posteriormente de Richard Wagner, comprometidos en la protección de los derechos de autor. También aquí el Estado está impedido por una nueva temática respecto de la que, probablemente, tenga que actuar quizá a nivel constitucional y no sólo a nivel legislativo.

5. Un derecho constitucional postnacional

Le había planteado, en el bloque anterior, la cuestión de una posible constitucionalización global. Ahora quisiera preguntarle acerca de la posibilidad de un derecho constitucional postnacio-

nal. Un derecho constitucional que se proyecta más allá de los límites tradicionales del Estado constitucional, en congruencia con la realidad postnacional propia del proceso de globalización, y que quizá tenga que partir de nuevos planteamientos metodológicos y asumir nuevas temáticas.

J. Habermas ha sido el primero en plantear la cuestión de una constelación postnacional. Con ese concepto podemos conectar sus preguntas. Personalmente yo no tengo ningún concepto mejor para la realidad a que usted se refiere. No quisiera renunciar, sin embargo, a la idea de lo “nacional”. Necesitamos la nación, precisamente en el tiempo de la globalización, como una garantía de que el derecho internacional estará, en parte, constitucionalizado. Por ahora sólo puedo poner unos ejemplos en el sentido de mi teoría sobre el desarrollo gradual de los textos. Comparemos las Constituciones cantonales suizas, que desde finales de los años sesenta hasta hoy han sido un excelente laboratorio constitucional —yo hablo con gusto de “el taller suizo” y de Estado federal experimentador— y en las que encontramos los temas de la humanidad, del orden humanitario en el mundo y similares como textos normativos incluso en los cantones más pequeños. Como ejemplo tenemos la Constitución del cantón de Berna de 1993, que establece el cometido de la dedicación a labores humanitarias en el mundo. Ésta es una temática típica de Suiza desde la fundación de la Cruz Roja, una gran aportación precisamente de Suiza, pensemos también en el derecho internacional humanitario.

En el plano nacional encontramos, igualmente, muchos Estados que han establecido un “derecho constitucional europeo nacional”, en el que se formulan artículos sobre Europa. Pues bien, pienso ahora que la cláusula mencionada de Suiza podríamos definirla también como “derecho constitucional universal nacional”. La comparación constitucional debemos basarla en una perspectiva científico-cultural, como llevo proponiendo desde 1982. La comparación de los textos es sólo un primer paso,

resultando decisiva la comparación de los contextos culturales. El concepto de “contexto” lo introduje en 1979, siguiendo el ejemplo de las ciencias sociales; gracias a él podemos tener en cuenta, por ejemplo, las distintas mentalidades y tradiciones de los diferentes pueblos, que no se pueden reducir a un concepto normativo concreto. La identidad de Suiza se proyecta de manera diferenciada más allá de la estructura jurídica, como ocurre también con la identidad española o la alemana. Tenemos que desarrollar instrumentos, textos y procesos y una metodología, como tenemos que extender y fortalecer los procesos de asociación e integración supranacional. Pero no podemos renunciar a las naciones y a los Estados constitucionales. De manera que quizá necesitemos, sin embargo, el concepto de “postnacional”, pero en un sentido definido y limitado.

IV. UNIÓN EUROPEA

1. *Valoración del Tratado de Lisboa*

Pasamos ahora a un bloque de preguntas sobre la Unión Europea, el modelo que mejor conocemos de integración supranacional y también el más desarrollado. En nuestra revista publicamos hace dos años una valoración suya sobre el Tratado de Lisboa, que ha entrado en vigor hace ahora seis meses. ¿Qué podemos esperar de las reformas que el Tratado ha realizado en las normas fundamentales de la Unión Europea?

Le agradezco que pasemos a la temática de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa es un texto de compromiso, pero en mi opinión supone un mal compromiso. Lo he criticado a menudo. Resultan problemáticas las excepciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales que se han forzado por parte de Polonia y Reino Unido (también últimamente la República Checa). También pueden ser problemáticas en la realidad constitucional

de Europa las fricciones que se pueden originar, por ejemplo, entre el presidente del Consejo Europeo y la Presidencia rotatoria nacional. Resulta positivo, sin embargo, el reforzamiento del Parlamento Europeo, y con ello la ampliación del espacio público europeo. También es positiva la mencionada posibilidad de iniciativa legislativa popular por un millón de ciudadanos de la Unión, que también puede contribuir al desarrollo del espacio público europeo. En la actualidad, espero que los otros tribunales constitucionales nacionales —el de la República Checa ya ha comenzado a hacerlo— corrijan progresivamente la sentencia Lisboa del TCFA.

2. *La sentencia Lisboa del TCF*

En el número anterior de nuestra revista publicamos su comentario a la sentencia Lisboa del TCF. Un planteamiento muy crítico que, sin embargo, ha sido seguido posteriormente por otros autores en la valoración de esa sentencia. Ha pasado casi un año desde que ese comentario se escribiera, y quisiera saber si le gustaría añadir algo a las reflexiones que realizara entonces.

Aprovecho la ocasión para agradecerle que publicara en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* —antes incluso de su aparición en Alemania— mi amplia crítica a la sentencia Lisboa en una admirable traducción al castellano. Desde entonces, han aparecido en Alemania al menos una docena de artículos sobre esta temática, predominantemente de jóvenes colegas. Diez de esos artículos son igualmente críticos, como el mío. Otros dos, de colegas que están cercanos a Di Fabio (el ponente de la sentencia Lisboa) defienden la sentencia. La actualidad europea es, desde hace un año, problemática. La canciller alemana A. Merkel, según parece, preguntó recientemente al presidente del TCFA, A. Vosskuhle (que estudió conmigo, en mi seminario de Bayreuth, durante cuatro semestres, lo que digo con orgullo):

“¿queda todavía algún espacio para la política europea de Alemania?”.

De hecho, si la sentencia Lisboa se tuviera que seguir de un modo tan estricto como se reclama desde Karlsruhe, existe el peligro de que la política europea alemana del Bundestag, el Bundesrat y el Gobierno Federal de manera mancomunada esté “bajo la custodia” de Karlsruhe. Este no es precisamente el caso en la, en parte crítica con Europa, República Checa, porque el Tribunal Constitucional ha practicado un mayor *judicial restraint* dejando mayor margen de maniobra a la política. Me siento muy desafortunado por esta irritación en Alemania contra la sentencia Lisboa del TFCA —a la que llamo la segunda, todavía peor, sentencia Maastricht—. A este respecto, quisiera evitar cualquier malentendido. Yo soy un admirador, desde hace muchos años, de nuestro TCFA. He comentado docenas de sentencias y sólo he criticado de forma parecida la sentencia sobre las escuchas telefónicas de 1971. Entonces había, ciertamente, buenos votos particulares; en la sentencia Lisboa no hay, por desgracia, ningún voto particular, sino tan sólo un voto en contra.

3. La incapacidad de Europa para afrontar la crisis económica

La crisis económica está sometiendo a pruebas muy duras al proceso de integración europea. La dificultad para articular una respuesta unitaria a la crisis es evidente, y se está poniendo a prueba la auténtica convicción europeísta de líderes políticos y de sectores muy amplios de población en cada país. Hace algunos meses tuve ocasión de describir la situación actual de la Unión Europea, diciendo que la divisa “unida en la diversidad” parecía haber sido cambiada por el lema “dividida en la adversidad”. ¿Será capaz Europa de volver a sus ambiciones iniciales y de retomar el pulso de la integración?

La incapacidad de Europa frente a la crisis económica actual es un tema importante, que yo querría situar en un contexto más

amplio. De manera excepcional cito a Hegel, ya que prefiero citar normalmente a Immanuel Kant: estamos presenciando una dialéctica extraña. Precisamente, tras el *annus mirabilis* de 1989, cuando el materialismo dogmático de la Unión Soviética fracasó, renace en Occidente un materialismo económico sin fronteras, en un modo desconocido hasta ahora. M. Dönhoff reclama: “¡domestiquemos al capitalismo!”. Una parte de esa nefasta exaltación de lo económico en casi todos los ámbitos vitales y del capitalismo desenfrenado tiene que ver con su pregunta acerca de la crisis. Como es sabido, estos planteamientos proceden de los Estados Unidos y se han extendido por el mundo europeo.

Su formulación “unida en la diversidad, dividida en la adversidad” es algo más que una afortunada agudeza y un hermoso juego de palabras. Debería desarrollarla con más detalle en algún trabajo futuro. Ha habido dos intentos de la UE para hacer frente a esta peligrosa crisis económica. Por un lado, el paraguas de rescate de Grecia. Aquí, nuestra canciller, según mi opinión, ha vacilado mucho y le ha dado demasiado tiempo a los especuladores. Me entristece que en el debate alemán los políticos sólo hayan tenido en cuenta la dimensión económica, y que nadie trajera a colación nuestro deber de solidaridad con Grecia. Desde la solidaridad común europea, no deberíamos olvidar que Europa viene de Grecia, de la antigüedad griega, y que los griegos fueron los primeros europeos, y en ese contexto podríamos apelar todavía al mito de Zeus y el rapto de la princesa Europa.

El segundo intento consiste en el gigantesco mecanismo de estabilización financiera (¡750 mil millones de euros!). En mi pequeño cerebro profesoral apenas puedo representarme una suma tan elevada. En Alemania se discute, en todo caso —no conozco el debate sobre esta cuestión en España—, si se ha vulnerado con esta ayuda la prohibición de rescate del Tratado de Lisboa. Pero incluso si hay una específica prohibición de asistencia, el principio de solidaridad está presente en muchos otros lugares del Tratado de Lisboa. Debemos orientarnos hacia ese principio su-

terior de solidaridad y no a la cuestión de perfil más técnico de la prohibición de rescate.

4. *El proceso de integración y el proceso de globalización*

El proceso de integración ha sido muy útil a los Estados para hacer frente al proceso de globalización. Sin embargo, el retraso en la integración política parece tener un desfase cada vez más amplio en relación con la evolución dinámica casi frenética de la globalización. ¿Es posible realmente intervenir desde Europa en el proceso de globalización sin mayor integración política?

Yo asumo, como usted, que sólo una integración política más intensa, particularmente en Europa, puede ayudar a hacer frente a los peligros económicos nefastos de la globalización. Aquí necesitamos plantear la cuestión en dos planos. Por un lado, necesitamos grandes líderes europeos! Ahora mismo falta en la Europa de la UE un A. Spinelli (con el Manifiesto de Ventotene), un A. De Gasperi, un K. Adenauer y quizá hasta un Ch. de Gaulle, un F. Mitterrand y un H. Kohl. La integración europea fue impulsada a través del esfuerzo inaudito y de la visión imaginativa de políticos europeos de ese tipo: pensemos tan sólo en el gran J. Delors. Actualmente —sin pretender ofender a nadie—, tenemos, sobre todo, tecnócratas. Este es el lado personal, un aspecto que tan importante es en la ciencia, como ya hemos dicho, como en la historia constitucional. Son personas concretas las que pueden realizar una obra duradera.

Por otro lado, tenemos que preguntarnos también si la integración política puede pasar a un nuevo nivel superior. Yo no sé con certeza si actualmente los pueblos nacionales están ya preparados para ceder parte de la independencia que les queda. Hemos tenido ya la triste experiencia del rechazo por Francia y Holanda del Tratado Constitucional en 2004, y por Irlanda del Tratado de Lisboa en 2008 (aunque finalmente se aceptara en 2009). Pero yo quisiera referirme ahora a los factores de integración simbóli-

ca: las banderas, los himnos y las fiestas oficiales. El Tratado de Lisboa ha eliminado simplemente esos elementos de integración europea, pero la realidad constitucional europea nos enseña algo diferente y mejor: el *Himno* de Beethoven sigue sonando como melodía europea, y por todas partes se siguen viendo en España las banderas europeas para festejar el 9 de mayo como día de Europa. Así pues, necesitaremos seguramente mucha paciencia para que los pueblos nacionales se pongan de acuerdo en más Europa, pero esa paciencia para la incorporación de instituciones adicionales tiene que ser apoyada por grandes personalidades europeas, en particular por juristas europeos.

5. *¿Es posible una Europa federal?*

La cuestión de una posible evolución del proceso de integración hacia un sistema federal ha sido puesta en primer plano con la sentencia Lisboa y su interpretación de las disposiciones intangibles (cláusulas pétreas o cláusulas de eternidad) del artículo 79.3 de la Ley Fundamental. ¿Es posible una Europa federal? ¿Sería compatible una Europa federal con el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea?

Permítame una observación preliminar de carácter histórico: un padre de Europa, K. Adenauer, habló con total convicción de “los Estados Unidos de Europa” (si lo hubiera hecho después de la sentencia Lisboa del TCFA habría vulnerado con esa expresión la Ley Fundamental) y pensaba en el modelo de los Estados Unidos de América. En el derecho constitucional de la UE de hoy encontramos ya claramente elementos “prefederales”. Podemos recordar, a este respecto, la cláusula de homogeneidad, los criterios de Copenhague para la entrada en la UE, al TJUE y su jurisprudencia, también al euro y la unión monetaria.

Ahora, el TCFA ha utilizado, de una manera para mí incomprensible y anticuada, precisamente a la “cláusula de eternidad”

de nuestra Ley Fundamental contra el proceso evolutivo de constitucionalización en Europa. Aquí es preciso hacer una observación preliminar de derecho comparado, y también con una perspectiva histórica: si no estoy equivocado, la Constitución de Noruega de 1814 es la primera que establece en Europa una especie de “cláusula de eternidad”. En los tiempos de Weimar, los “gigantes de Weimar” reflexionaron acerca del modo en que se podía proteger a la Constitución de Weimar de 1919 —desde la doctrina científica— contra los grupos extremos de derecha e izquierda. Los padres y las madres de la Ley Fundamental, a los que me he referido ya al principio de esta entrevista, pisaron tierra virgen al incorporar la cláusula de eternidad al artículo 79.3 de la LF. Esta cláusula protege al artículo 1o. (garantía de la dignidad humana, derechos fundamentales) y al artículo 20 (democracia, Estado de derecho, división de poderes), así como la organización de la Federación en *Länder* y la cooperación fundamental de los *Länder* y la Federación, un elemento del federalismo.

Esta “cláusula de eternidad” de la Ley Fundamental ha hecho escuela en todo el mundo. Encontramos analogías en diversos países europeos; por ejemplo, en la Constitución de Portugal y también en África, algunas de las nuevas Constituciones han protegido al menos la forma republicana bajo esta cláusula. Para los positivistas, estas disposiciones intangibles o cláusulas de eternidad no plantean problemas, porque, de acuerdo con su concepción, el precepto que las contiene se puede modificar mediante reforma constitucional; podemos ver aquí claramente los límites científicos del positivismo.

De acuerdo con una interpretación teleológica e histórica, la cláusula de eternidad del artículo 79.3 de la GG está dirigida contra los enemigos interiores de la dignidad humana, los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de derecho, el federalismo y la República. Así pues, como ya concluimos ayer en nuestro seminario, al dirigir el TCFA la cláusula de eternidad hacia fuera, la ha aplicado de una manera inapropiada.

Esto es algo altamente cuestionable y tiene que ser criticado con severidad.

A lo anterior hay que añadir que la cláusula de eternidad requiere también de interpretación. La identidad de una Constitución es, como todo concepto constitucional, una magnitud abierta en el tiempo; sobre ello quizá tengamos ocasión de volver a lo largo de esta entrevista. En concreto: existe absolutamente la posibilidad de que en el futuro, Europa evolucione desde un sistema confederal a un sistema federal; especialmente en Alemania sería necesario un acto del poder constituyente, de acuerdo con el nuevo artículo 146 de la LF. Yo asumo que también en otros países, que tienen cláusulas de intangibilidad, el poder constituyente puede tener que pronunciarse. En otros sistemas constitucionales, como el de España, que carecen de este tipo de cláusulas (o que las tienen sólo en relación con la forma republicana, como Francia o Italia), podrían encontrar su sitio sin más en una Europa federal.

V. EL FUTURO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. *Función del derecho constitucional en los procesos de integración supranacional y de globalización*

Pasamos ya, finalmente, a un último bloque de preguntas relacionadas con el futuro del derecho constitucional. La primera cuestión acerca de la cual quisiera conocer su opinión es respecto de la función del derecho constitucional en futuros procesos de integración supranacional en el contexto de la globalización. La transferencia de competencias estatales sometidas al derecho constitucional supone una reducción de las posibilidades de control del poder estatal, sometido ahora a reglas de derecho internacional en las instancias supranacionales. ¿Cómo podemos restaurar la función esencial del constitucionalismo en ese nivel, haciendo posible el control del poder político y la garantía de los derechos?

Sus preguntas son cada vez más complejas, y las respuestas me resultan cada vez más difíciles; realmente las preguntas por sí solas serían suficientes. Permítame algunas observaciones previas. Ante todo, podemos recordar que G. Zagrebelsky, en un hermoso libro colectivo publicado hace ahora catorce años, se preguntaba por el futuro de la Constitución (anteriormente lo había hecho D. Grimm en su conocida monografía). Usted me pregunta ahora por “el futuro del derecho constitucional”. Hay una pequeña diferencia que nos sirve de ayuda. Tenemos que recordar que el Estado constitucional, entre otros cometidos, tiene el empeño de controlar el poder, allí donde éste se desarrolla, en la tríada republicana de espacios: sea en el ámbito estatal en sentido estricto (división de poderes), sea en el ámbito público (por ejemplo, pluralismo de los medios de comunicación), sea en el ámbito privado (acaso mediante el control del mercado). El Estado constitucional es mucho más que eso (es, por ejemplo, una expresión cultural), pero el poder tiene que ser controlado de manera efectiva, pues allí donde se acumula existe siempre el peligro de que se des controle poniendo en riesgo la libertad de los ciudadanos y corrompiendo a los propios titulares del poder.

Antes de concretar mi respuesta tengo que recordar, como ejercicio de modestia y de autocrítica, que la ciencia del derecho constitucional tiene también sus límites en las posibilidades de formular nuevas figuras y paradigmas. Con ayuda de la ciencia del derecho constitucional no se pueden resolver todos los problemas de las naciones y del mundo. Bajo esa reserva, le ofrezco ahora mi respuesta: usted reclama, con razón, que teniendo en cuenta la pérdida de poder de las unidades nacionales, las instancias supranacionales deberían estar sometidas a controles más intensos. Aquí podría yo proponer que en la UE los ciudadanos de la Unión tuvieran la posibilidad de promover un recurso de amparo, capacidad que no tienen hasta ahora. Una segunda, quizá nueva, idea: las organizaciones no gubernamentales deberían tener la posibilidad de plantear recursos de amparo como tales ante los tribunales internacionales. Así pues, Amnistía Interna-

cional, Greenpeace o Transparencia Internacional deberían tener ese acceso cualificado a los tribunales supranacionales, en cuanto instituciones supranacionales que son.

2. *El control de los poderes económicos privados*

Otro ámbito en el que el derecho constitucional se está manifestando incapaz de garantizar los derechos de la ciudadanía es en el control de los grandes poderes económicos de alcance mundial. Hemos aceptado tradicionalmente que el derecho constitucional se limitara a controlar el poder estatal, pero las lesiones más importantes de los derechos ciudadanos se generan fuera de la esfera de acción del poder público y, a veces, en un nivel supraestatal ajeno a la capacidad de intervención del derecho constitucional. ¿Qué podemos hacer como constitucionalistas para aumentar las ambiciones del derecho constitucional de nuestra época en la defensa de los derechos de la ciudadanía frente a los poderes privados?

F. A. V. Hayek, Premio Nobel, ha caracterizado el mercado como un proceso de descubrimiento. A mi entender, también podría decirse que es un proceso de desarrollo. J. Schumpeter nos recuerda la destrucción creadora a través del éxito de los empresarios. Ciertamente, el mercado y la economía tienen su lado positivo. Pero actualmente nos encontramos en un momento histórico en el que el mercado representa casi una fuerza superior, no sólo nacional o regional, sino también a nivel mundial. Tenemos que perfilar instrumentos, por tanto, para reconducir el mercado a sus límites.

En relación con los poderes privados y las posibilidades de defensa de los ciudadanos, en Alemania está el artículo 9.3 de la LF y ya desde la Constitución de Weimar la llamada “Dritt-wirkung der Grundrechte”. Los derechos fundamentales no sólo son efectivos contra el Estado (como los derechos de resistencia

clásicos), sino también contra los particulares. Ciertamente, la Ley Fundamental ha previsto sólo la eficacia directa en relación con la libertad de sindicación. Deberíamos preguntarnos si puede existir una posibilidad —diferenciada— de eficacia de los derechos fundamentales contra los temidos poderes económicos en general. Es importante, en este punto, la extensión de las libertades en el sentido de la prohibición de los monopolios de cualquier tipo (como hacen las Constituciones más antiguas de los *Länder* alemanes). Sería L. Erhard el que a través de su economía social de mercado recordara que la libre competencia se tiene que mantener y que está sometida a un permanente riesgo por los monopolios. Precisamente en Alemania, la Comisión de Monopolios ha impuesto recientemente multas a diversas empresas que habían concertado ilegalmente precios entre ellas. Tenemos que incorporar estos elementos en el plano del derecho ordinario.

3. La metodología del derecho constitucional de nuestra época

Desde el punto de vista metodológico, quisiera preguntarle acerca de qué considera usted que debe cambiar en la metodología del derecho constitucional para comprender mejor la realidad y dar respuesta a las necesidades constitucionales de las sociedades modernas. Muchos de nuestros modos de trabajo y también de los conceptos matrices que utilizamos están inspirados en una realidad social y política que ya no existe. Seguimos repitiendo conceptos del pasado que hoy no son operativos y que distorsionan nuestra comprensión acerca de la función que le corresponde al derecho constitucional de nuestra época.

Con razón plantea usted la cuestión de la metodología. Pensemos que en 1840 el clásico F. C. V. Savigny estableció los cuatro métodos de interpretación. Para ello pudo recurrir a las fórmulas

del antiguo derecho romano; pienso en una cita de Celso en la que se puede encontrar, de manera precursora, la interpretación teleológica. En 1989, propuse el recurso a la comparación constitucional —entendida de manera científico-cultural— como nuevo quinto método de interpretación. Estoy contento de que, como primer Tribunal Constitucional, el Tribunal Estatal del pequeño país de Liechtenstein haya aceptado y recibido expresamente este quinto método de interpretación. Mientras tanto, muchos otros tribunales constitucionales atienden ya a la comparación constitucional.

Por otra parte, tenemos que refinar y perfeccionar el instrumentario del proceso constituyente. Posiblemente se abre el camino antes implícitamente referido: para los nuevos temas constitucionales deberíamos encontrar en el proceso constituyente y de la interpretación nuevos catálogos de *topoi* y nuevos procesos de inclusión de ciudadanos y grupos. En el ámbito de la protección del medio ambiente, podemos mencionar el importante principio de sostenibilidad. Tenemos que preguntarnos también si no podemos y debemos llegar, a nivel mundial, a un diálogo constitucional global común acerca del Estado constitucional.

Ciertamente tampoco aquí deberíamos sobrevalorar nuestras posibilidades. No podemos arrogarnos la inmediata elaboración de una metodología completamente nueva para las nuevas realidades; la antigua metodología se ha utilizado en Europa durante cientos de años: desde el derecho romano, desde los clásicos, como Celso y Papiniano, desde el redescubrimiento del Código de Justiniano en Bolonia y, finalmente, desde la culminación que supone el romanista alemán F. C. V. Savigny. Ya en otro lugar demandaba yo: “necesitamos un nuevo J. Locke, necesitamos una nueva Escuela de Salamanca para el Derecho Internacional, necesitamos un nuevo F. C. V. Savigny y, para cerrar el círculo, necesitamos singularmente para Latinoamérica y sus desarrollos creativos un nuevo A. V. Humboldt”.

4. *El derecho constitucional ante el mundo globalizado*

Hacer una predicción de cuáles pueden ser las líneas de evolución del derecho constitucional del futuro no sólo es difícil, sino que supone también un esfuerzo inútil. Sin embargo, sí querría plantearle una cuestión acerca de la pervivencia de las funciones históricas que ha desarrollado el constitucionalismo ¿Servirá el derecho constitucional del futuro para controlar el poder y garantizar los derechos en un mundo globalizado?

El Estado constitucional es el resultado de una evolución de siglos —basta recordar la teoría de la justicia de Aristóteles, la separación de poderes de Montesquieu o la teoría clásica del contrato social— y hoy se enfrenta, como usted dice, a nuevos desafíos. Yo no podría bosquejar el nuevo constitucionalismo del futuro, pero sí quisiera decir que podemos aprender del constitucionalismo clásico, que respondía al intento de constituir y limitar el poder, de atribuir el poder de manera temporal, lo que significa democracia. La división horizontal del poder, la protección de los derechos humanos, los valores fundamentales sobre los que existe consenso en materia de federalismo, también en relación con los fines educativos (recientemente actualizados en las Constituciones de los *Länder* alemanes para la protección del medio ambiente) son los temas pertinentes.

De manera suplementaria, querría decir que la pedagogía constitucional es un tema propio; hay una “interpretación constitucional pedagógica”, acaso en relación con los fines educativos, los textos de los himnos y también en relación con otros símbolos, como las banderas. Yo sólo puedo esperar que los progresos del constitucionalismo también hagan posible en los próximos siglos el desarrollo de valores, instrumentos y procesos que garanticen un mundo vital orientado a la dignidad de la persona y una libertad basada en la cultura. Más no puedo decir por el momento, aunque quisiera recordar también a las organizaciones no gubernamentales, los pactos y las declaraciones

de derechos humanos y las otras dimensiones constitucionales parciales incorporadas al ámbito mundial.

5. *La última respuesta sin pregunta*

Al igual que hiciera en la primera entrevista de hace 13 años, quisiera dejarle la última respuesta sin pregunta previa por mi parte. Creo que, de nuevo, resultará evidente lo manifiestamente prescindibles que han sido mis preguntas.

Permítame, por favor, que plantee por mi parte algunas cuestiones al final de esta entrevista. Porque, hasta ahora, usted sólo ha planteado buenas preguntas y yo he intentado aportar respuestas más o menos buenas. Ahora plantearé yo también algunas preguntas, sin pretender darles respuesta. Quisiera confrontar a la comunidad de científicos, amigos desde hace ya décadas en Roma, España o América Latina, con algunas cuestiones fundamentales.

La primera es si ¿podemos hablar de progreso en el derecho y en la ciencia jurídica? Esta cuestión la planteé ya por primera vez en Ausburgo en 1979. Puedo situarla en una perspectiva científico cultural. En el arte, probablemente no podemos hablar de “progresos”, no podemos afirmar que las sinfonías de A. Bruckner son mejores que las sinfonías de J. Brahms, L. V. Beethoven y W. A. Mozart —por no hablar de J. S. Bach—. En el arte se da probablemente el caso raro de que el pensamiento dialéctico de Hegel se confirma. Así, los periodos artísticos singulares pueden representar respuestas a otros más antiguos. Esto se manifiesta de manera particular en el romanticismo alemán, que criticó de manera consciente al clasicismo y quería configurarse como su antítesis. Frente a eso, J. Brahms pasa por formar parte del clasicismo. También en el romanticismo alemán, en la poesía, podemos ver que el romanticismo fue una respuesta a F. Schiller y J. W. Goethe, acaso a F. Hölderlin y J. V. Eichendorff. Por el

contrario, en las ciencias naturales se puede hablar con toda seguridad de progresos. Menciono sólo la evolución desde la imagen geocéntrica del mundo (Ptolomeo) a la visión heliocéntrica del mundo, que ciertamente debe ser corregida hoy teniendo en cuenta las nuevas galaxias descubiertas. Menciono también los desarrollos en la ingeniería genética o en los vuelos espaciales.

Por lo que se refiere al mundo del derecho, opino que ha habido pocos ámbitos en los que se hayan producido progresos absolutos, con todos los peligros de retrocesos. Como vertientes positivas se pueden mencionar la abolición de la tortura, la eliminación de la esclavitud, la lucha parcialmente exitosa contra el analfabetismo (por ejemplo, en Sudáfrica); también el desarrollo de la protección de las minorías, los fines educativos de la protección del medio ambiente y, especialmente, el principio de subsidiariedad que surgió de la doctrina social católica y ahora se encuentra en muchas Constituciones europeas nacionales, como Portugal o Alemania y también en algunos estatutos regionales de Italia y España. Se trata de grandes progresos, sin duda. Hay también, sin embargo, costes enormes. Hemos hablado antes del excesivo mercantilismo; podemos hablar igualmente de pérdidas, por lo que al Estado de derecho se refiere en el ámbito supranacional; pero no hemos dicho nada todavía en relación con las diferencias extremas entre pobres y ricos, especialmente en África, e, igualmente, de la incapacidad de los sistemas tributarios, por ejemplo en Alemania, para reducir las grandes diferencias entre pobres y ricos.

Quisiera también referirme, antes de terminar, a las entrevistas científicas. Se trata de un género afortunado del que hemos aprendido de Italia y España, así como de otras comunidades científicas latinoamericanas. En Alemania, las entrevistas se suelen realizar ocasionalmente para la prensa con un estilo superficial. Por el contrario, la entrevista científica es para mí algo especial, por lo que estoy muy agradecido también por la segunda entrevista que estamos realizando hoy ¿Por qué? Porque es posible formular una argumentación más libre, también espontánea,

una argumentación sin la protección que ofrece el texto escrito. Se puede hablar con fluidez, a través de un flujo de palabras y no de un flujo de letras. Se puede recurrir a ciertos instrumentos retóricos, y me recuerda siempre, en cierto modo, al arte de la improvisación de los compositores clásicos alemanes.

Por último, quisiera decir que es para mí una necesidad interior agradecerle esta entrevista y, sobre todo, el círculo de amistad de Granada. Las relaciones de amistad, especialmente en España e Italia, son, junto con la reunificación alemana de 1989-90 y el proceso de integración en Europa, mi mayor fortuna personal. El alto valor de la amistad se refleja en la historia del pensamiento ya desde Aristóteles, y la amistad en las comunidades científicas es algo muy especial. Supera las múltiples rivalidades y confrontaciones, que también existen. La amistad vive del reconocimiento y la inclusión del otro, y yo estaría especialmente feliz si con esta entrevista, las jóvenes generaciones pudieran aprender cómo los juristas europeos intentan relacionarse entre ellos sobre la base de esa amistad.

ENTREVISTA DE JORGE LEÓN VÁSQUEZ

La presente entrevista es el resultado de una iniciativa conjunta del profesor doctor Dr. h. c. mult. Peter Häberle, del profesor doctor iur. Markus Kotzur LL. M. (Duke) y del entrevistador. Tras mi participación como parte del Programa del Doctorado en el prestigioso Seminario que dirige el profesor Häberle en Bayreuth, siguieron los intercambios de ideas y conversaciones en los cuales siempre quedaban temas y preguntas pendientes, que justamente han sido abordados, en parte, en esta conversación. Agradezco tanto al profesor P. Häberle como al profesor M. Kotzur por esta entrevista.

I. DERECHO Y POLÍTICA

1. *En 1792, J. G. Herder dijo que la política era una “canción malvada”. Se podrían recordar también las palabras de J. W. von Goethe en el Fausto, cuando califica a la política como “una canción asquerosa y desagradable”. Incluso, Einstein dijo alguna vez que “la política es más complicada que la física”. Profesor Häberle, ¿por qué se tiene a menudo una idea negativa de la política?*

Yo me alegro de que usted empiece directamente con textos clásicos de filósofos y poetas, e inclusive con científicos de las ciencias naturales. Tales textos son siempre, en toda la gama de las ciencias y artes, un desafío para nosotros los juristas: nosotros estamos sobre sus hombros. En efecto, predomina con frecuencia una idea negativa de la política. Hoy se habla mucho del

“desencanto de la política”. Especialmente en Alemania existe una gran tradición de lo “no político”, de manera especial desde el fracaso de la revolución de la Iglesia de San Pablo (*Paulskirchenrevolution*) de 1848-1849 hasta la República de Weimar. Cuando se piensa en la pugna de los políticos por la obtención y el mantenimiento del poder, lo negativo está en primer plano. La política se trata también de eso, nosotros lo sabemos desde M. Weber. De modo negativo afecta también el conocimiento de que los políticos constantemente actúan con trampas y artimañas. Sin embargo, tan pronto como se piensa en los fines de la buena política, la imagen llega a ser más clara. Se reconoce que en el Estado constitucional la política se orienta a la justicia y al bien común, pugna por la “política de los derechos fundamentales” (un concepto mío de 1971) y se enfoca en aspectos parciales del bien común, como, por ejemplo, en la paz interna y externa, en la protección de las minorías, en la protección del medio ambiente y en el orden digital.

2. *La política usualmente es asociada o con el ejercicio del poder o con el bien común. Cabría recordar el concepto amigo-enemigo de C. Schmitt. ¿Considera usted que es un gran error de definición la absolutización de un aspecto parcial de la política?*

La agudización del concepto de lo político en la relación amigo-enemigo se debe a la brillante retórica de C. Schmitt. Probablemente dicha relación se explique también por las particularidades posteriores de la República de Weimar. En la democracia pluralista nosotros preferimos hablar de “opositores”; por eso, yo mismo siempre he rechazado inclusive la noción de “enemigo constitucional”, con vistas a los artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental de Bonn. La competencia y el ejercicio del poder son, seguramente, un aspecto parcial inevitable de la política; sin embargo, la política se trata también de encontrar consensos y de conciliación de intereses. Inclusive, la oposición democrática realiza política esencial. La oposición está debidamente inclui-

da o, mejor dicho, presente en el sistema parlamentario y en los derechos fundamentales, y es respetada como alternativa. Por último, la política tiene como objetivo la tarea de cohesionar a los ciudadanos. Piénsese también en la actual tarea pendiente de la integración de los inmigrantes o extranjeros, así como en el impedimento de “sociedades paralelas”.

3. *En una entrevista de 1962, E. Bloch definió la política, por un lado, como “formación histórica consciente”; de otro lado, como “arte de lo posible”. De manera parecida, usted ha definido la política como “el arte de lo posible y de lo necesario”. ¿Podría explicarnos su definición? ¿Cómo se debe entender aquí la palabra “arte”?*

Agradezco el pensamiento de las posibilidades al gran poeta austriaco R. Musil. En mi ponencia en Regensburg, en 1971, incluí, especialmente para los derechos de participación en el Estado prestacional, “la reserva de posibilidad”, para expresar con ella el espacio para la acción política y las formas de concretización de los derechos prestacionales. En Alemania, la comprensión de lo político como arte de lo posible se remonta a O. von Bismarck.

Añadí la expresión del arte de lo posible y del reconocimiento de lo real en 1978. Se puede hablar de una triada. Ya R. Musil había hablado del “hombre de la posibilidad” y del “sentido de la posibilidad”. De otro lado, si se habla de “arte” es para expresar que la política se trata de ponderaciones racionales difíciles y que en esto existe un arte especial del buen actuar. Evidentemente es un talento distinto si un político habla bien, como B. Obama, o si actúa bien, como R. Reagan. En Alemania se añade que lidiar hábilmente con los medios de comunicación requiere obviamente una técnica propia. En la actualidad, los medios de comunicación despliegan a menudo para nosotros un poder despiadado y abusan de él (“periodismo de manada”), aunque no conozco un medio con el que se pueda

contrarrestar ello. Medios de comunicación, ética y consejos de prensa son manifiestamente insuficientes. En vista de la enorme competencia económica, no ayuda a creer en el autocontrol de los medios de comunicación (*caso Wulff*). Es indispensable un análisis frío de la realidad, como se reconoce, por ejemplo, en el sector de la política exterior. Se debería diferenciar científicamente, de modo más estricto, que la política interior tiene otras tareas y posibilidades que la política exterior; la política jurídica otras que la política social o que la ciencia política. En el Estado constitucional del presente un ideal político es la economía social de mercado.

4. Los juristas tienen casi siempre la autocomprensión y la autoestimación positiva de que su actividad es apolítica y que ella está vinculada únicamente con el derecho. ¿Por qué la mayoría de juristas es de esta opinión?

En primer lugar, se puede subrayar que los juristas son servidores del derecho: servidores al servicio de los ciudadanos. Esto es a menudo olvidado por egocentrismo. Creer que la actividad del jurista es “apolítica” fue, sobre todo, un malentendido del positivismo. En las cláusulas generales del derecho civil y en los espacios de organización del gobierno y de la administración se toman en cuenta muchas valoraciones políticas (margen de evaluación). Sobre todo, el conocimiento de J. Esser (*La precomprensión y la elección de métodos*) nos permite conocer cómo muchas valoraciones llegan a ser actuales no sólo en las ponderaciones en el proceso de interpretación, por ejemplo en la prohibición de exceso; no obstante, ello necesita de mucha actividad reflexiva y racional de los juristas. Actualmente, la jurisprudencia internacional será requerida, más quizá incluso a largo plazo, en la medida en que nos esforcemos por una teoría constitucional universal, en la medida en que se formen tribunales constitucionales internacionales que ganen influencia también en Alemania. El juez, en el caso concreto, debe justificarse “en el nombre del

pueblo” (*invocatio populi*), tanto el “pequeño juez de primera instancia” en Bayreuth como el TCF en Karlsruhe.

5. Se piensa también que el derecho y la política son opuestos. G. Leibholz dijo alguna vez que entre el derecho y la política existía una contradicción que no podía solucionarse, pues la política era irracional y dinámica, mientras que el derecho era racional y estático. ¿Qué piensa usted sobre esta teoría dualista? En el Estado constitucional, ¿puede la política ser “irracional”?

Usted cita con razón al gran profesor de derecho del Estado y por largo tiempo muy influyente juez del TCF alemán, G. Leibholz. Yo me alegro de que usted se haya familiarizado bastante con la historia de la teoría del Estado alemán. En efecto, él ha tematizado “la contradicción” entre lo dinámico-irracional de lo político y lo estático-racional del derecho. Sin duda, la política en el Estado constitucional tiene un elemento emocional; sin embargo, el derecho tampoco está libre de ello. Yo no hablaría por eso de un “dualismo”. El concepto “política constitucional” nos enseña, por ejemplo, que la muy exitosa revisión total de las Constituciones de los cantones en Suiza, el “taller constitucional” más sensato desde finales de los sesenta, exige mucha racionalidad. Las ponderaciones racionales necesarias, que se pueden reconocer, por ejemplo, en su disparidad como propuestas textuales, nos muestran todo esto de una manera especialmente positiva (como testimonio del pensamiento de las posibilidades).

Inclusive, los tribunales constitucionales hacen bastante “política de derechos fundamentales”. El Tribunal Federal suizo en Lausana ha inventado así nuevos derechos fundamentales, denominados “no escritos”, como la libertad científica, lo que ha llevado luego a una posterior revisión total de los textos y conceptos de la Constitución Federal de 1999. También el TCF alemán ha “inventado”, no descubierto o encontrado, nuevos derechos fundamentales, pues ellos, hasta ahora, no habían estado presentes. Piénsese en el derecho fundamental a la autodeterminación

informativa y en la protección de la privacidad; en la dogmática, piénsese en el deber de protección y en la “reserva parlamentaria” (1972) como concepto del derecho constitucional.

6. *¿El dogma de la separación entre derecho y política está estrechamente relacionado con el dogma de la separación entre el Estado y la sociedad?*

En efecto, en la historia del pensamiento alemán podría estar relacionado el dogma de la separación dualista del derecho y la política con la separación del Estado y la sociedad. Sin embargo, yo tengo otra opinión. El Estado y la sociedad coinciden en parte. En el Estado constitucional, sectores de la sociedad están estructurados y constituidos. Por eso, desde 1978 hablo de la “sociedad constituida”, piénsese por ejemplo en los efectos indirectos de los derechos fundamentales frente a terceros (G. Dürig, uno de mis mentores).

Se puede hablar de “sociedad civil” en lugar de sociedad. Con ello están comprendidos desde el principio el ciudadano y los grupos pluralistas. Algunas Constituciones nuevas textualmente emplean ya el concepto “sociedad civil”, por lo que están un paso adelante de la literatura científica. Esto es un testimonio de mi paradigma de las etapas textuales de 1989.

7. *Usted ha sostenido que el derecho y la política son aspectos o elementos parciales de la res publica. ¿Podría explayarse en esta idea? ¿Se puede afirmar que usted defiende la tesis de la unidad del derecho y la política? En todo caso, ¿qué relaciones existen entre ellos?*

De acuerdo con mi opinión, al igual que el Estado y la sociedad, el derecho y la política son también aspectos parciales de la *res publica*. Existen entre ellos tensiones y en parte coincidencias. De vez en cuando se usa la metáfora de que el derecho sería “política congelada”. Naturalmente esta metáfora tampo-

co ayuda mucho, muy poco exactamente como la expresión de un “estado de agregación” diferente. Lamentablemente no puedo decir más. Existen exactamente en estos momentos temas de nuestra ciencia que nosotros como juristas sólo podemos tratar de manera parcial. Como es sabido, así como en la teología se hace difícil la pregunta sobre Dios, de la misma manera no conseguimos nosotros las verdades últimas de la relación entre el derecho y la política o sobre la “justicia”. Probablemente para nosotros sean únicamente comprensiones parciales; sólo pueden ser reconocibles verdades parciales. Por eso rechazo también todas las así llamadas “grandes teorías”, como la teoría de los sistemas, porque formulan exigencias que después ellas mismas no pueden solucionar.

8. *El derecho constitucional es para usted “derecho político”. ¿Cuáles son las consecuencias metodológicas y materiales de este punto de vista, en especial para la interpretación constitucional y para los métodos de interpretación?*

En efecto, según una conocida expresión, el derecho constitucional es “derecho político”. Este punto de vista refuerza la necesidad de racionalizar y disciplinar los métodos de interpretación constitucional, y también de dar a conocer públicamente la precomprensión del intérprete. No se puede pronosticar en abstracto la interacción de los cuatro métodos de interpretación; mejor dicho, de los cinco métodos, incluida la comparación jurídica. Probablemente, en el caso concreto, el juez se orienta, en el examen global de los resultados de su elección del método, por la justicia y por el bien común, quizá casi intuitivamente a causa de su larga experiencia. Aspectos de la responsabilidad de consecuencias también podrían añadirse.

9. *Usted no cree en una jurisdicción constitucional apolítica. Por eso sostiene que es un autoengaño hablar también de un de-*

recho constitucional no político. Incluso usted habla de “política de la jurisdicción constitucional a través de la interpretación constitucional”.

Muy conscientemente hablo de “política de la jurisdicción constitucional a través de la interpretación constitucional”. Menciono ejemplos: la interacción entre el activismo judicial y la autolimitación en el Tribunal Supremo de los EE.UU. demuestra que la política es codiseñada por parte de la jurisdicción a través de la interpretación constitucional. Piénsese en la jurisprudencia decisiva del Tribunal Supremo en contra de la legislación del New Deal del presidente F. D. Roosevelt. Un ejemplo actual para Europa lo pone en evidencia el activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo, que es criticado por los franceses ocasionalmente como el “gobierno de los jueces”. Como ejemplo menciono también los tratados europeos, calificados tempranamente como Constituciones, mejor dicho como ordenamientos jurídicos autónomos, y la construcción dinámica de las libertades fundamentales a lo largo de muchas décadas. Ya he mencionado ejemplos de la jurisprudencia del TCF alemán. Una decisión que no puede llegar a ser sobreestimada en absoluto es la ya clásica sentencia Lüth (E 7, 198), también el derecho a la protección de la confidencialidad e integridad de los sistemas técnicos de información.

10. Un Tribunal Constitucional, se dice a menudo, debe pronunciar “derecho y únicamente derecho”. Sin embargo, el derecho no se puede separar de manera tajante de la política. ¿Deben los jueces constitucionales ser también “hombres políticos”?

Dado que el derecho y la política no se pueden separar claramente, como sí pensaba el positivismo, deben tener consecuencias para los jueces constitucionales. Algunas Constituciones alemanas de los Estados federados exigen “personas experimentadas en el quehacer público”. Yo mismo he apoyado siempre

para que, como en Brandenburgo, audiencias públicas ante el Parlamento o ante una comisión precedan la elección de los jueces constitucionales.

Hasta ahora, los jueces del TCF alemán, también los candidatos alemanes al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son negociados en las cámaras oscuras del poder de los partidos políticos, aun cuando recientemente y de manera ocasional deben ser propuestos por las fracciones políticas en Berlín. Como postulado ético-político se podría exigir que se pugne por una mezcla más adecuada.

Junto a personalidades con experiencia judicial o con experiencia como abogados, deberían ser nombrados como jueces del TCF alemán ex políticos, ex parlamentarios, debido a que ellos saben cómo son “hechas las leyes”; cómo jueces constitucionales deben, a menudo, decidir sobre la conformidad constitucional de las leyes parlamentarias. Así, desde mi perspectiva, es un golpe de suerte que el ex jefe de gobierno del estado federado de Sarre, P. Müller, sea ahora miembro de la Segunda Sala en Karlsruhe. El TCF alemán no debería llegar a ser tampoco un “tribunal de profesores”.

II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Yo tengo ahora algunas preguntas sobre la jurisdicción constitucional. La discusión sobre ella en Alemania ha sido y es altamente apasionada. Usted ha advertido, sin embargo, que los problemas esenciales de la jurisdicción constitucional hasta ahora no han desaparecido. ¿Cuáles son esos temas y por qué ellos son temas permanentes?

El debate sobre los “problemas fundamentales de la jurisdicción constitucional”, desde mi punto de vista, no ha avanzado demasiado. Las controversias son conducidas muy apasionadamente, por ejemplo en lo que se refiere a la cuestión del Estado

de los jueces o de “los tribunales ilimitados”. Como un problema esencial para la jurisdicción constitucional de la Ley Fundamental, veo actualmente de manera especial la aclaración de las relaciones con otros órganos constitucionales, especialmente con el Parlamento y con el Gobierno; la precisión de las relaciones de cooperación entre Karlsruhe y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la sensibilidad constante para la creación de nuevos derechos fundamentales, siempre que lleguen a ser perceptibles nuevos peligros para la dignidad humana, provenientes, por ejemplo, de los avances tecnológicos; el fortalecimiento del trabajo de la comparación jurídica mirando los desarrollos en Estados constitucionales extranjeros, para trabajar productivamente “estimulados”; el intercambio con tribunales constitucionales internacionales, como los tribunales de las Naciones Unidas, el Tribunal Penal Internacional, la Corte Internacional de la Haya, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en Hamburgo, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica, todo ello para la elaboración de estándares jurídicos comunes; la defensa de la separación en lo personal y lo político entre los jueces constitucionales y el Gobierno Federal, o bien con el Parlamento en Berlín; el examen de los límites de la integración europea, por ejemplo sobre la actualización del principio de subsidiariedad y de la reserva de identidad.

2. En su contribución, con motivo de los cincuenta años del TCF alemán, se puede leer la siguiente frase: “El Tribunal Constitucional Federal es parte de la cultura constitucional de Alemania”. ¿Cuándo se puede decir que un tribunal constitucional constituye ya parte de la cultura de un Estado? ¿Se trata sólo del factor tiempo o de la aceptación de sus decisiones?

La jurisdicción constitucional es especialmente en Alemania parte de la cultura constitucional. El concepto “cultura constitu-

cional” lo propuse en 1982. Hoy, este concepto ha hecho carrera mundialmente (*constitutional cultures*).

Con ello se expresa el continuo aumento de competencia y reputación del TCF, su consolidación en la conciencia de los ciudadanos alemanes, lo que busca reflejar ilustrativamente mi idea de “tribunal de ciudadanos”. Existen en Alemania muchos fundamentos históricos para este desarrollo satisfactorio.

Con el transcurso de la desdichada época del nacionalsocialismo, ahora, por lo contrario, se ha querido confiar bastante en el TCF. Éste coopera actualmente con la doctrina jurídica del Estado como ciencia en un reparto intensivo de tareas, aunque algunas veces existen tensiones. Precisamente esta estrecha “cooperación” podría ser en la historia constitucional alemana un golpe de suerte muy especial. En los ciudadanos es particularmente elevada la aceptación del TCF que disfruta de una altísima aceptación. Por ejemplo, en agosto de 2014 tiene 79% de aprobación.

3. *Partiendo del paradigma del contrato social de J. Locke y J. Rousseau, desde I. Kant hasta J. Rawls, plantea usted la tesis del “Tribunal Constitucional como partícipe real y ficticio en el contrato social”. ¿Significa esto acaso la tarea que tiene un Tribunal Constitucional en la construcción del consenso básico de un pueblo?*

En efecto, yo he relacionado también el paradigma del clásico contrato social con el Tribunal Constitucional en mi exposición en Augsburg en 1979. El TCF alemán está involucrado en la actualización prudente del contrato social. Con ello, él está implicado también en la siempre nueva tarea del consenso básico de un pueblo. Esto conlleva una responsabilidad muy elevada, sensibilidad fina y conciencia de que se sirve al ciudadano. En las Constituciones se trata siempre de un “tolerarse” y “soportarse” entre los ciudadanos y los grupos pluralistas. Para seguir una conocida expresión el TCF, juzga, además, “en nombre del pueblo” (*invocatio populi*).

4. *La figura de los votos particulares fue introducida en Alemania el 12 de diciembre de 1970 con la reforma de la Ley sobre el TCF. Antes de la reforma usted se había pronunciado ya a favor de los votos particulares. Lógicamente existieron barreras y críticas. En ese momento se creía, por ejemplo, que ellos podían significar para las decisiones del TCF un debilitamiento. Después de casi cuarenta y cuatro años de la reforma, ¿cómo valora usted los votos particulares?, ¿ellos despliegan también una fuerza normativa?*

Esto lo puedo responder en tres pasos. Comenzaremos con mi punto de vista teórico de los votos particulares que es el primer paso. Según mi opinión, ellos son un testimonio de mi tesis de la “Constitución como proceso público” de 1969. Los votos particulares constituyen la oportunidad de los jueces para establecer “jurisprudencia alternativa”. Practicados con prudencia no suponen un debilitamiento, sino un fortalecimiento del TCF. El segundo paso es ahora la praxis en Karlsruhe. Los votos particulares han dado un resultado positivo en los últimos cuarenta y cuatro años. Comienzan ya en conexión con la sentencia de “las escuchas telefónicas” (*Abhör-Urteil*). Posteriormente, existieron tanto grandes votos particulares individuales, como por ejemplo el de D. Grimm en la sentencia “Cabalgata en el bosque” (*Reiten im Walde*), como también votos en conjunto, como los de W. Rupp von Brünneck y H. Simon, y, recientemente, el de la señora G. Lübke-Wolff. Existen ahora ejemplos de votos particulares que han llegado a convertirse, con el “transcurso del tiempo”, en votos de mayoría. Algunos votos particulares citan también, por su parte, otros votos particulares. Pensado sobre la línea del tiempo, los votos particulares despliegan así fuerza normativa. Por último, y como tercer paso, una palabra sobre la comparación jurídica: en EE.UU. ha habido muchos votos particulares famosos.

La Constitución Española en 1978, en su artículo 164, institucionalizó los votos particulares. Inclusive, en el marco internacio-

nal, otros países y tribunales han previsto los votos particulares. Menciono al Supremo Tribunal en Brasilia y al Tribunal Constitucional en Lima, o la Constitución de Tailandia.

Del mismo modo que en el Tribunal Internacional de la Haya, existen votos particulares en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

Brevemente, quiero decir que los votos particulares como tema pertenecen a un marco más amplio que bosquejo en *Tiempo y Constitución* de 1974.

5. *La institución del amicus curiae es una institución que hasta ahora usted defiende. En el marco de la teoría constitucional del pluralismo, ¿por qué es importante esta institución para la jurisdicción constitucional?*

Desde hace mucho yo he abogado intensamente por el *amicus curiae*, practicado sobre todo en América Latina. Teóricamente, dicha institución es una manifestación de mi tesis de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” de 1975. En ese tiempo había comenzado con mis primeras reflexiones sobre el derecho procesal constitucional como derecho de participación pluralista. La interpretación constitucional así se abre.

Llegan a ser escuchadas también las minorías de las minorías, grupos marginales, además de participantes no convocados. Piénsense en la situación personal de los transexuales. El *amicus curiae* convierte a la Constitución del pluralismo en tal. Un precursor es el Supremo Tribunal en Brasilia y sus audiencias públicas, que inclusive son transmitidas en la televisión.

6. *En 1970 aparece una tesis doctoral sobre la autonomía procesal del TCF. Usted mismo ha hecho suyo este planteamiento. ¿Cuál es la esencia de este principio constitucional? Dicha autonomía es una consecuencia tal vez de la incuestionable insuficiencia de los métodos clásicos de interpretación?*

La autonomía procesal del TCF es un elemento estructural muy importante de su función. Se puede demostrar que el TCF en muchas sentencias consolida “con sus propias manos”, pieza por pieza, el derecho procesal constitucional, incluso cuando se quiere apoyar, en ocasiones (con razón), en otros ordenamientos procesales. Con los cuatro métodos clásicos de interpretación constitucional no se habría podido construir así su autonomía procesal.

Ello requirió, sobre todo, de una aplicación abierta o escondida del “interés público” en el derecho procesal constitucional. Lo que yo denomino “jurisdicción del bien común”. No obstante, esto es a veces criticado. Tan pronto como se entiende el derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado, mejor dicho materialmente entendido, tan pronto como se trabaje materialmente con la interpretación teleológica y se indague sobre la función del TCF, mi teoría de la autonomía del derecho procesal constitucional se justifica. Éste sirve como el derecho constitucional material de la integración.

7. El elemento político de la jurisdicción constitucional se manifiesta de modo evidente en la interpretación constitucional. ¿Cómo se manifiesta lo político en los procesos constitucionales ante el TCF?

Lo político se manifiesta también en la interpretación constitucional como *law in public action*, en contraposición al *law in the books*. Aparte de eso, se aprecia en las audiencias públicas ante el TCF. En la audiencia de la causa de la “Cogestión empresarial” en 1978, experimenté y pude sentir la línea de fuerza de la opinión pública, además de la dinámica del proceso constitucional. También se puede pensar en la selección representativa y en los grupos pluralistas en la comparecencia pública, así como en el interrogatorio a personas expertas. Lo político en la jurisdicción constitucional llega a estar también en la presencia no rara de altos representantes del gobierno federal, por ejemplo, re-

cientemente con la presencia del ministro federal de finanzas (W. Schäuble), pero sobre todo a través del debate público que toda decisión fundamental de principio aconseja. Por último, debería mencionarse la reelaboración pública por parte de la ciencia crítica (“Jurisprudencia constitucional comentada” de 1979).

8. *Para usted, un adecuado derecho procesal constitucional posee un efecto educativo en el proceso legislativo. ¿Qué quiere transmitir con esta idea?*

Un derecho procesal constitucional adecuado, como es aplicado en Karlsruhe, puede conseguir un efecto educativo en el proceso de legislación parlamentaria.

Pienso inclusive que el legislador parlamentario constituye comisiones parlamentarias en las que puede informarse de manera amplia a través de expertos y de los afectados, antes de que el legislador ponga en marcha una ley o la apruebe definitivamente. Sobre todo en Brasilia, muchos aún recuerdan lo sucedido ante el Supremo Tribunal en un proceso que podría ser un modelo para el proceso parlamentario. Sin embargo, no se puede exigir demasiado.

La diferencia entre el proceso democrático del Parlamento y el proceso constitucional permanece. Se puede considerar, sobre todo, el factor tiempo.

Ocho jueces del TCF, altamente calificados, pueden trabajar con detenimiento, según sus reglas de arte, como los parlamentarios; esto no quiere ni puede ser una crítica a Berlín. El proceso parlamentario tiene, sin embargo, sus propias estructuras. Dado que el acuerdo político es típico en el proceso parlamentario, no se puede trabajar con el *topos* de la “lógica”, como exige el TCF para las leyes. Por el contrario, las decisiones judiciales deben ser en sí lógicas. No se puede exigir esto, en la misma medida, del proceso político en Berlín.

9. *Muchas tesis doctorales y monografías en la actualidad se ocupan de la jurisprudencia del TCF. Tengo la impresión de que las cuestiones fundamentales del derecho público están en un segundo plano. ¿Significa esto que estamos ante un positivismo jurisprudencial? ¿Se trata tal vez de una sobrevaloración de las decisiones del TCF?*

En efecto, la abundancia de bibliografía especializada sobre el TCF es apenas abarcable. Todos los géneros de la literatura, desde recensiones de sentencias, pasando por ensayos y contribuciones de homenaje, hasta monografías, comentarios y libros de texto, se ocupan de “Karlsruhe”, en parte también críticamente. Las cuestiones fundamentales, por el momento, sin embargo, no son adecuadamente tratadas. Una palabra clave importante suministra la provocación de B. Schlink, quien habló en relación con el TCF de un “autodestronamiento de la doctrina jurídica del Estado”. Otros hablan de un “positivismo jurisprudencial”. Por todo esto se justifica una toma de posición diferenciada.

Por un lado, las decisiones del TCF son demasiado analizadas, inclusive hasta cada uno de los pasajes de texto, y son comentados como textos sagrados.

Esto llega a ser a veces exagerado. La doctrina jurídica del Estado debe permanecer consciente de sí misma y autónoma; ésta no puede trabajar simplemente de manera “secundaria” y convertirse en una posglosadora del TCF. Su independencia frente a la jurisprudencia del TCF se manifiesta, por ejemplo, en el desarrollo de nuevas figuras dogmáticas como “la apertura a Europa” (*Europarechtsfreundlichkeit*).

La doctrina jurídica del Estado alemán debería producir “trabajos preparatorios” para las decisiones del TCF. Debe llevarse a cabo un diálogo jurídico entre la ciencia y la práctica. Pese a todas las críticas, la cooperación conjunta, la responsabilidad compartida de la doctrina jurídica del Estado y del TCF es, en su vivacidad e intensidad, quizá única a nivel europeo.

Observamos un dar y tomar. El nivel es elevado, en algunos casos modélico. Sin embargo, el TCF no siempre proyecta con transparencia esta cooperación en sus técnicas de cita.

10. Muchos jueces constitucionales han sido y son reconocidos profesores de derecho. Se podría recordar el así denominado “escándalo Leibholz” de los años cincuenta. ¿Los jueces constitucionales pueden reflejar sus ideas como profesores de derecho en las decisiones del TCF?

Como usted dice, muchos jueces constitucionales fueron y son, al mismo tiempo, renombrados profesores de derecho. Esto vale, por ejemplo, para K. Hesse y D. Grimm. No me gustaría hablar de un “escándalo Leibholz”, dado que su personalidad es muy significativa. Lo que se quiso criticar fue el hecho de que él acentuó demasiado la jurisprudencia de la Segunda Sala del TCF sobre el estatus y función de los partidos políticos citándose a sí mismo. Mi profesor académico K. Hesse y sus discípulos nunca se han citado a sí mismos.

Sin embargo, los jueces constitucionales como profesores no deberían despedirse de sus propias ideas. Se trata naturalmente de lo que yo así denomino “integración pragmática” de elementos teóricos. No le está permitido a los jueces-profesores darles carácter absoluto a sus teorías. Una historia exitosa sin precedentes es, por ejemplo, la fórmula de la “concordancia práctica”. Originalmente, ésta proviene de Suiza. K. Hesse, en su incomparable libro de texto *Rasgos fundamentales del derecho constitucional de la República Federal de Alemania*, lo estructuró y actualizó. En la actualidad, la fórmula se ha desprendido de su creador y se ha convertido en un aspecto independiente de la tarea jurisdiccional constitucional.

III. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Profesor Häberle, su reciente libro El Estado constitucional cooperativo de la cultura y como cultura se subtitula también Estudios preliminares para una teoría constitucional universal. Usted me ha comentado que esta obra es el resultado de cincuenta años de actividad como científico. ¿Se podría decir que estamos ante su opus magnum?*

Como autor no me está permitido hablar de mi libro como *opus magnum*. El libro de 2013, sin embargo, se trata de una suerte de “suma”, así como antes lo fue mi *Teoría constitucional europea* (1a. ed. de 2001-02; 7a. ed. de 2011). El nuevo libro lucha por una “universalización de la teoría constitucional” y debería llegar a ser complementada todavía en partes separadas. Por ejemplo, para la comprensión del derecho internacional como “derecho de la humanidad”.

Una cosa es, sin embargo, cierta. Ambos libros son el resultado de mi actividad científica por más de cincuenta años. Se puede hablar de “contribuciones” que han ido apareciendo gradualmente en forma de mosaicos. Mi afortunada actividad científica comenzó con mi tesis doctoral de 1962 sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales (3a. ed. en 1983), traducida numerosamente a idiomas extranjeros, aunque al español dos veces.

2. *Cuando usted habla del “Estado constitucional cooperativo”, ¿qué se debe entender por tal concepto?, ¿cuáles son sus características?*

El modelo del “Estado constitucional cooperativo” lo ideé hacia 1977 por primera vez en la reunión de profesores de derecho del Estado en Basel y después en mi contribución al libro homenaje para H. Schelsky en 1978. En Brasil, ha aparecido mi contribución como una monografía autónoma.

Posteriormente, la idea de cooperación ha sido modelada por otros autores a su manera. Ya en los textos constitucionales encontramos el postulado de cooperación, en las codificaciones del derecho internacional y del derecho constitucional nacional. El Estado constitucional del presente ya no existe ni vive de sí; éste encuentra su identidad sobre todo en los procesos de cooperación. Históricamente dos palabras claves han precedido a mi propio ensayo científico: la estatalidad abierta (K. Vogel) y la comprensión del Estado en la condicionalidad supranacional (W. von Simson). Un nuevo campo de cooperación se desarrolla actualmente entre el TCF y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a pesar de todas las dificultades en concreto. Este es el momento para el “jurista europeo”.

3. *¿La “teoría constitucional universal” o el “constitucionalismo universal” surge de la conjunción del derecho constitucional y el derecho internacional?*

Mi tesis es la siguiente: la teoría constitucional universal, mejor dicho el constitucionalismo universal, vive de una conjunción, de una pluralidad de Constituciones parciales de los Estados constitucionales nacionales y de las del derecho internacional. Las Constituciones nacionales abarcan tan sólo partes de la sociedad constituida. Complementariamente, surten efecto las Constituciones parciales del derecho internacional; se puede hablar así de pluralidad.

Permítame algunos ejemplos. Constituciones parciales eficaces son la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las convenciones de Ginebra, de La Haya y de Viena, además de los acuerdos para la protección de la diversidad cultural, pero también el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Los tribunales de las Naciones Unidas pertenecen, igualmente, a ello, como la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar en Hamburgo.

En el ámbito regional se pueden mencionar los dos tribunales constitucionales europeos; esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

Hablo de “Constituciones parciales” sobre todo porque, en todos estos textos, han sido establecidos con carácter permanente ideales elevados de la humanidad; valores fundamentales, como la paz y los derechos humanos, en el sentido de “norma y tarea” de U. Scheuner (también en el sentido de “estímulo y límite” de R. Smend). Para la jurisprudencia universal se abre un enorme ámbito de tareas que sólo aquí podría ser bosquejado. El derecho procesal de los tribunales constitucionales internacionales requiere de investigación, de posibles principios jurídicos comunes (por ejemplo en materia del derecho a ser oído), de elementos jurídico-estatales, de la opinión pública y del esclarecimiento de la verdad.

Finalmente, el Estado constitucional debe luchar por una adecuada “política de derecho internacional”, que es una nueva propuesta conceptual mía.

4. *Profesor Häberle, usted vuelve a criticar en su libro antes mencionado la metáfora del “constitucionalismo multinivel”, muy citada por otros. ¿Por qué rechaza usted este concepto?*

Por vez primera, en el debate en la reunión de profesores de derecho del Estado en Rostock, y luego por escrito, he criticado enérgicamente este concepto muchas veces citado: *multilevel-constitutionalism*. Esto por el siguiente fundamento: dado que trabaja con el concepto “nivel”, éste se asocia con la idea de jerarquía, que es erróneo por completo. Para los textos constitucionales del derecho internacional y los textos de las Constituciones nacionales no se puede hablar de una subordinación o supraposición jerárquica, sino de relaciones de complementariedad, de ampliación y también de concurrencia.

Inclusive en el Estado federal alemán no existe una jerarquía “sobre” o “debajo” entre la Constitución Federal y las Constituciones de los estados federados. Aparte de esto, nosotros no deberíamos expresar nuestros modelos con anglicismos, sino en nuestra propia lengua. Así, opongo resistencia también contra el empleo permanente del concepto *good governance*. Él se puede traducir, por supuesto, sencillamente, con las palabras “buen gobierno”.

5. Usted ha puesto en duda los elementos tradicionales del Estado (pueblo, territorio y poder). Partiendo de una idea temprana de G. Dürig, propone ahora como cuarto elemento del Estado a la cultura. ¿Podría explicarnos su tesis?

La teoría originaria y ya clásica de los tres elementos del Estado se remonta al gran maestro G. Jellinek (1900). Sin embargo, inclusive tales textos clásicos deben ser puestos a examen una y otra vez, lo que vale también para los más grandes, como Montesquieu y Rousseau, a quienes debemos volver siempre en la discusión crítica. En efecto, G. Dürig desarrolló en su ponencia como profesor de derecho del Estado en Tubinga, la teoría de la cultura como “cuarto elemento del Estado”. Después, lamentablemente, ya no la desarrolló más. Para mí, precisamente la cultura es hoy, cuando no inclusive el primero, el “cuarto elemento” del Estado. Los otros tres elementos, pueblo, territorio y poder, están influenciados culturalmente. Piénsese también en la geografía cultural y en la identidad cultural del pueblo del Estado. Cuán significativa es la cultura como elemento de una comunidad política puede verse mediante mi siguiente “tetralogía”: los días festivos, los himnos nacionales, las banderas nacionales y las manifestaciones de la cultura conmemorativa. Ellos son ya, como se muestra en los textos constitucionales positivos, elementos primarios. Añádase a ello disposiciones sobre las lenguas y normas sobre la capital. Especialmente en Alemania, el poeta F. Schiller en 1802 escribió: “La majestad de los alemanes no descansaba nunca en

la cabeza de sus príncipes. El alemán, separado de lo político, ha fundado para sí un valor característico, y aun cuando el imperio sucumbiera, permanecería indiscutida la dignidad alemana. Ella es una dimensión moral, ella radica en la cultura”.

6. Usted defiende el reconocimiento de la comparación jurídica como quinto método de interpretación. ¿Podría hablarse ya de una canonización del método comparado? Por otro lado, profesor Häberle, ¿toda comparación jurídica es siempre una comparación cultural?

Emprendí la teoría de la comparación jurídica como “quinto” método de interpretación en 1989 y desde entonces lo he ido desarrollando permanentemente. La canonización está vinculada a los cuatro métodos de interpretación de F. C. von Savigny (1840). Quise hacer una propuesta sugestiva para que se grabe igualmente la metáfora de los cinco métodos de interpretación.

Permítame dos añadidos. Probablemente la interpretación teleológica sea la primera. Sobre ella podría venir también la imagen de la comparación jurídica. Por lo demás, me siento estimulado por la comparación de las etapas textuales.

En algunos países de África del Sur se habla textualmente también de que el juez, por ejemplo, para los derechos fundamentales, debe informarse de las sentencias y ordenamientos jurídicos extranjeros. Luego, para la interpretación de los textos, la aclaración del contexto deviene en irrenunciable. La palabra clave dice: interpretación a través de la agregación. La inclusión de momentos creativos también se logra trabajando en el sentido de mi paradigma de las etapas textuales. Ahora, puesto que todos los textos jurídicos están insertados en contextos culturales, la comparación jurídica no funciona sin la comparación cultural, piénsese también en la fecundidad del método de la comparación jurídica en el derecho penal, impregnado culturalmente de manera especial.

7. En el marco del constitucionalismo universal es necesario corregir o por lo menos criticar conceptos jurídicos tradicionales. Uno de esos conceptos es el de las “fuentes del derecho”. ¿Por qué, en su opinión, este concepto debe ser reexaminado?

La jurisprudencia universal, común europea y nacional, debe estar siempre lista para corregir conceptos jurídicos tradicionales o para cuestionarlos y proponer nuevos. Desde hace mucho tiempo combato la metáfora de las “fuentes del derecho”, porque ella supone que el derecho, que es inferido a través de los procesos de interpretación, ya está terminado. A la vista de las tareas hermenéuticas, éste no es precisamente el caso. Para esta comprensión ha sido de ayuda para mí la teoría de las fuentes del derecho pluralista de J. Esser. Por lo demás, no existe en el Estado constitucional ningún *numerus clausus* de las fuentes del derecho, piénsese si no en los principios jurídicos generales no escritos.

8. Una Constitución no es sólo el ordenamiento jurídico fundamental de las generaciones presentes, sino también de las futuras. En este sentido, usted describe la Constitución como un “contrato generacional o entre generaciones”, como otra forma de la Constitución entendida como contrato social. Bajo esta premisa, ¿en qué sentido tenemos nosotros un compromiso con las generaciones del futuro?

La Constitución es el ordenamiento jurídico fundamental del Estado y de la sociedad civil, y no sólo para las generaciones presentes. En la Constitución también están consideradas las generaciones futuras. En el horizonte del tiempo se erige como un contrato entre generaciones, o mejor dicho, como “otra” forma del contrato social. También aquí nuevamente nos enseña el paradigma de las etapas textuales. Algunas Constituciones nuevas toman en cuenta de manera expresa a las generaciones futuras, por ejemplo, con motivo de la protección del medio ambiente. En ocasiones, la cláusula de responsabilidad está dirigida tex-

tualmente a las generaciones futuras. El pueblo también puede ver, en el horizonte del tiempo, las perspectivas de las generaciones. El muy citado factor demográfico, que ha cambiado en los viejos Estados constitucionales en Europa, hace necesario que incluso hoy se piense, por ejemplo, en la infraestructura para las generaciones futuras. Así, en la nueva Constitución de Túnez de 2014 existe una cláusula específica de “garantía de los jóvenes”, muy diferente y compleja que la hasta ahora conocida cláusula de “protección de menores”. De otro lado, nosotros no podemos vivir a costa de las futuras generaciones.

Esta comprensión habla a favor de una utilización limitada de los recursos del presente. Cuando algunas Constituciones dicen “en nombre del pueblo”, mejor dicho “en nombre del pueblo y de las personas”, se puede pensar también así en el futuro. La palabra clave “tiempo y Constitución” (1974) es también aquí relevante.

9. Profesor Häberle, en la doctrina se encuentran dos importantes teorías con respecto al pluralismo. Me refiero al pluralismo de H. Preuß y al de E. Fraenkel. ¿Cuáles son las diferencias entre estas teorías mencionadas y su teoría constitucional del pluralismo?

Mi obra *La Constitución del pluralismo* de 1980 le debe mucho a la teoría del pluralismo del politólogo E. Fraenkel. Como es sabido, él desarrolló una teoría del bien común pluralista, en el sentido de que el bien común se deriva a posteriori del paralelogramo de fuerzas de los grupos pluralistas. Junto a esta comprensión pude continuar con mi teoría del bien común procesal (*salus publica ex processu*). En aquel entonces, la teoría del pluralismo del padre de la Constitución de Weimar, H. Preuß, no era conocida para mí. No ha sido sino en los últimos diez años que dicha teoría se ha hecho un sitio otra vez en el conocimiento de la ciencia. En este ejemplo se puede mostrar cómo incluso los textos clásicos están expuestos, respectivamente, a fases de “renacimiento” o de olvido.

10. *Usted siempre ha rechazado todas las formas de fundamentalismo. Muy frecuentemente aparece vinculado el fundamentalismo religioso con el político y éste con el económico. Es obvio que éste es un problema complejo. Le pregunto, sin embargo, ¿cómo enfrenta este problema el constitucionalismo universal?*

Muy tempranamente me decanté contra todas las formas de fundamentalismo, sin olvidar mi contribución en el libro homenaje para J. Esser en 1995. El fundamentalismo político y religioso, para el que hay lamentablemente muchos ejemplos en la historia de la vieja Europa, es el opuesto exacto para todo lo que es pensado en el constitucionalismo “universal”. En el ámbito económico, el marxismo enseñó su fundamentalismo. Reconocemos en la actualidad que la economía social de mercado es el mejor modelo, siempre y cuando no sea practicado a costa de las generaciones futuras y de la pobreza en el mundo. Dado que la teoría constitucional universal está fundamentada científica y culturalmente, ella conoce también de la pluralidad cultural de muchos Estados constitucionales individuales, y, por supuesto, existen principios que son comunes a todos; piénsese en el principio del Estado de derecho y de la división de poderes; piénsese sobre todo en la dignidad humana y en las garantías de igualdad y libertad que de ella derivan y que tienen para la democracia pluralista consecuencias organizativas.

11. *La Primavera Árabe de 2011 fue para todos inesperada, pero al mismo tiempo fue una oportunidad y un desafío para el Estado constitucional cooperativo. ¿Cuáles son sus reflexiones al respecto?*

La Primavera Árabe de 2011 fue para mí casi un *annus mirabilis*, como el de 1989. Sin embargo, algunos países árabes se encuentran en un otoño o en un invierno. Piénsese en las guerras civiles en Siria y Libia, y en la nueva dictadura militar en Egipto. Tal vez hemos subestimado demasiado cuán fuertes están direc-

cionadas las condiciones sociales y culturales por la tradición (palabra clave: sociedades tribales) y cuán rápido el islam puede volver al fundamentalismo.

Sin embargo, hay esperanza. Estudio en este momento la Constitución de Túnez de 2014. Textualmente es sobresaliente. Aunque está en la fase de desarrollo de los principios comunes del Estado constitucional cooperativo de hoy, no se debe olvidar, sin embargo, que se requiere más o menos diez años para que se desarrolle en Túnez una realidad constitucional congenial con el texto constitucional. En vista de esto, existe también la esperanza de lo que he parafraseado con la expresión *mare nostrum constitutionale*. El mar mediterráneo podría ser un medio de procesos de producción y recepción de los elementos estatales constitucionales en relación con la triada “textos constitucionales, sentencias judiciales y esbozos de teorías científicas”. Un artículo de la Constitución de Túnez sobre la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales utiliza al más alto nivel lo que, en los últimos diez años, científica y pretorianamente se ha desarrollado en la comunidad europea e incluso en Suiza.

IV. MENTORES

1. *Profesor Häberle, alguna vez la teoría de la integración de R. Smend fue considerada “antidemocrática”. Sobre todo en lo que se refiere a la integración personal. Hoy nuevamente vuelve a ser criticada (Van Ooyen, 2014), no sólo en relación con la integración personal, sino con la teoría de la integración como un todo. ¿Se trata tal vez de un error de interpretación de la teoría de la integración?*

Me alegra que usted formule preguntas muy profundas sobre mis “mentores” en una propia sección. Tengo muchos mentores, y por suerte muy importantes. Se les debe agradecer mucho como “gigantes”. También acá se trata de un contrato

generacional “científico”. Esto primero. Ahora sobre R. Smend. Él es, claro, mi “abuelo científico”, si se me permite decirlo. Sin sus teorías de los símbolos y de los temas de integración objetiva difícilmente hubiera podido elaborar mi teoría de los días festivos, de los himnos nacionales, de las banderas nacionales, en la comparación a escala mundial. Sin duda, en retrospectiva, se pueden criticar algunas teorías de R. Smend. Como es sabido, él mismo corrigió bastante un elemento de su teoría en 1962. El aspecto de la integración personal podría haber sido demasiado acentuado por él, en vista del fenómeno de desmoronamiento de la República de Weimar, aun cuando el elemento personal sigue siendo de importancia en el Estado constitucional (piénsese en los esfuerzos de integración que la reina en Gran Bretaña, hoy, como antes, desempeña). También el TCF desarrolla como cuerpo colegiado y cada uno de sus jueces una parte de la integración personal. Lo mismo vale para el presidente federal alemán en Berlín.

2. En el prólogo de la primera edición del libro Rasgos fundamentales del derecho constitucional de la República Federal de Alemania, K. Hesse le agradece a usted por su estímulo y sugerencias. Pero también en el mismo libro él confirma textualmente la tesis defendida por usted sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, además de su tesis sobre la comparación jurídica. ¿Qué significan para usted estas confirmaciones de su maestro?

Con satisfacción me di cuenta en ese tiempo que mi maestro académico K. Hesse ya en la primera edición de su libro me daba las gracias. También confirmó él mi tesis de la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, de la necesidad de configuración de todos los derechos fundamentales y de mis esfuerzos por la comparación jurídica. Tales referencias me llenan de satisfacción.

3. *Usted ha realizado que su tesis de la teoría del Estado constitucional como ciencia de la cultura se apoya en las investigaciones de H. Heller. ¿Cuáles fueron las contribuciones de H. Heller y sobre qué profundizó usted?*

Mi teoría de la Constitución como ciencia de la cultura le debe mucho a la *Teoría del Estado* de H. Heller (1934). Ahí se habla expresamente de la teoría del Estado como ciencia de la cultura. Él, sin embargo, no había ubicado todavía a la Constitución en el centro de sus reflexiones. Mejor dicho, se había concentrado en el Estado. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, existe tanto Estado como la Constitución instituye (la conocida comprensión de R. Smend y A. Arndt). Para H. Heller la comparación jurídica tampoco fue central. Él se había concentrado bastante en los aspectos interdisciplinarios. Esto ya era suficiente trabajo y abrió nuevos horizontes.

4. *Se ha dicho que existe una contradicción entre su tesis y la de K. Popper, pues su sociedad abierta no intentó crear ningún Estado constitucional, sino una democracia totalitaria. ¿Esta su puesta contradicción existe?*

No entiendo bien cómo se puede decir que mi teoría pueda comportar una contradicción con la de K. Popper. Su teoría de la sociedad abierta es, naturalmente, el fundamento del Estado constitucional. Él se dirigió expresamente contra los enemigos totalitarios, como Hegel y Platón. Sin embargo, yo no uso, como ya expliqué, el concepto de “enemigo”.

5. *Su teoría del pensamiento de las posibilidades se basa en parte en la filosofía de E. Bloch. El pensamiento de las posibilidades implica alternativas. ¿Utiliza usted la expresión “pensamiento de las alternativas”? ¿Cómo se relaciona el pensamiento de las posibilidades con lo real y lo necesario?*

Mi teoría del pensamiento de las posibilidades se inspiró primero en el escritor austríaco R. Musil. No me remití directamente a E. Bloch. En mi ensayo de 1977, sin embargo, yo había utilizado por completo la expresión “pensamiento de las alternativas”. Con mucho gusto hablo de una triada: el pensamiento de las posibilidades, de la realidad y de las necesidades. Indagar la interacción de estos tres modos de pensar sería un tema independiente. Dicho sea de paso, una mirada constitucional comparada da como resultado que en muchos textos constitucionales se puedan reconocer elementos de estos tres modos de pensar. Un ejemplo concreto del pensamiento de las alternativas es la institución de la oposición parlamentaria como alternativa. La mirada a la realidad la debemos agradecer también al planteamiento teórico-real de H. Heller.

En el “pensamiento de las necesidades” resuena la idea del discutido, y hoy casi conocido en todo el mundo, principio de proporcionalidad y el bien común.

6. El principio de responsabilidad juega un rol importante en su teoría constitucional. ¿En qué medida las ideas de H. Jonas y su principio de responsabilidad son importantes para el concepto de Constitución como “contrato entre generaciones”?

Científicamente debemos agradecer el principio de responsabilidad a H. Jonas. Mientras tanto, se encuentran muchas Constituciones a nivel mundial que exigen responsabilidad, por ejemplo, en la protección del medio ambiente. Muy temprano, mi maestro académico K. Hesse enfocó la “responsabilidad” en el carácter público del estatus de los partidos políticos. Similar pensamiento se encuentra en el ya mencionado *invocatio populi*; clásicamente en el *invocatio dei*. La Constitución como contrato entre generaciones está intercalada en el principio ético de la responsabilidad. Se podría preguntar si hoy el pensamiento del contrato social no debería extenderse a todo el mundo para delimitar el estado natural en Internet, por ejemplo en el sentido de la pala-

bra clave: “carta fundamental digital”, o a través de un contrato social mundial en asuntos de Internet. Ya hace muchas décadas exigí ello con miras a la protección del medio ambiente.

7. Usted ha hablado ya de K. Popper y de E. Bloch. Ideológicamente el primero es un liberal, mientras que E. Bloch fue un marxista. A pesar de esta diferencia evidente usted ha aprovechado el pensamiento de ambos. ¿Cómo hace esto posible?

Yo no tengo dificultades de ningún tipo para relacionarme, por un lado, con K. Popper como un pensador liberal, y, de otro lado, con E. Bloch. Esto tanto más si se tiene que Bloch divulgó absolutamente, como el prematuro Marx, enfoques humanistas. Nosotros podemos siempre obtener de los clásicos verdades parciales. De este modo, nos encontraremos continuamente en un eterno diálogo entre y sobre Montesquieu y Rousseau.

8. Profesor Häberle, es evidente que usted ha recibido también la influencia de otros profesores. Me gustaría empezar con J. Esser. ¿Cuál es la importancia de J. Esser en la teoría constitucional del pluralismo?

Yo tengo que agradecer mucho al gran J. Esser. A su teoría de las fuentes del derecho pluralista, a la fórmula del *law in action* (complementada: *law in public action*) y, sobre todo, a su arte de la comparación jurídica en el derecho privado. Sobre sus bases teóricas pude llevar a cabo una teoría de la Constitución del pluralismo.

9. Ahora debo preguntarle sobre U. Scheuner y su concepción de la Constitución como “norma y tarea”. ¿En qué medida ha aprovechado la teoría del pluralismo constitucional este concepto de Constitución?

Gustosamente respondo la pregunta sobre U. Scheuner. En mis años juveniles fue él uno de los personajes más importantes de la teoría del Estado alemán. Lamentablemente, no está más presente en las jóvenes generaciones de hoy. Tanto o más importante es para mí su acuñación de la Constitución como “norma y tarea”. Esta comprensión de la Constitución es importante para una teoría constitucional pluralista, que se puede aplicar también a las Constituciones parciales del derecho internacional. En la realización de la tarea todos son partícipes; por ejemplo, la ciencia, la opinión pública nacional, europea e internacional, también los Estados y las ONG, es decir, fundamentalmente todo miembro de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.

10. *Tuvo usted una relación académica especial con W. von Simson. Incluso compartía su pasión por la música. Aparte de esto, tanto K. Hesse como usted mismo consideraron sus aportes a la teoría constitucional y al derecho europeo como notables, de manera especial su monografía El Estado como parte y como todo. ¿Qué significa para usted la persona y la obra de W. von Simson?*

También W. von Simson pertenece a mis mentores. De él aprendí desde 1966 derecho internacional y derecho europeo. Musicalmente él fue muy activo y completamente culto. Una y otra vez me relaciono con su idea de la “estrechez supranacional del Estado”. En el ámbito personal, él practicó de manera inigualable la tolerancia frente a los otros y a las ideas. El libro *El Estado como parte y como todo* incluso me lo dedicó. Es de lamentar que se le haya dedicado muy poca atención a su discusión con C. Schmitt en el Archivo de Derecho Público. En las relaciones personales fue influenciado por su periodo de emigración a Inglaterra; también ahí fue para muchos un ejemplo. El derecho europeo lo entendió en relación con la práctica, pues fue al principio abogado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo.

11. *Desde finales de 1961 hasta el otoño de 1966 usted fue asistente científico de H. Ehmke. Él es reconocido como científico y como político. ¿Cómo fue para usted esta experiencia? Por otro lado, con mucha razón usted sostiene que los estudios teórico-constitucionales de H. Ehmke constituyen un elemento de la política constitucional. ¿Cómo pudo él conjugar estas dos facetas y qué significado tienen sus contribuciones para su teoría de la Constitución del pluralismo?*

Con mucho agrado respondo ahora su pregunta sobre H. Ehmke. Él fue doblemente talentoso: científico y político. Su ideal fue, a decir verdad, el “profesor político”. Su trato siempre fue muy “directo”. Su trabajo de habilitación sobre el tema “economía y Constitución” me esclareció el derecho angloamericano.

Gracias a él comprendí cuán fuerte se encuentra siempre la política constitucional detrás de las reflexiones teórico-constitucionales. Lamentablemente, en 1966 él ingresó de lleno en la política. En aquel momento, para la teoría del Estado alemán, esto fue una gran pérdida.

12. *D. Tsatsos fue también un destacado científico y político. Se ocupó del proceso constitucional europeo y del derecho de los partidos políticos. ¿Cuándo y cómo conoció usted a D. Tsatsos? ¿Cuál es su legado académico a la teoría constitucional europea?*

A D. Tsatsos lo denominé tempranamente como el “griego alemán”. Él fue tanto un notable científico como un político exitoso; esto último no sólo en Grecia, sino también a nivel europeo. Su testimonio de vida está, entre otros, en la fundación del Instituto para el Derecho y la investigación de los partidos alemán y europeo en La Haya. Con ello se unió, junto a G. Leibholz y W. Henke, a los líderes de la doctrina jurídica de los partidos. Yo lo conocí desde 1990, cuando acepté gustosamente sus invitaciones para ir a La Haya y a Atenas.

En el nivel europeo ha llegado a ser conocido por el Informe Tsatsos de Vigo.

A su legado académico pertenece no sólo el Instituto en Atenas, fundado por él, sino también el nuevo Instituto para las Ciencias Constitucionales Europeas en La Haya y, sobre todo, el concepto de “ordenamiento fundamental de la Unión Europea”. Este concepto lo desarrolló en un manual junto con otros autores poco antes de su muerte. Su intervención hubiera sido hoy muy importante en relación con los problemas que Grecia vive desde la crisis financiera, porque él conoció Alemania de la misma manera como Grecia y la comunidad constitucional de la Unión Europea.

V. LA ESCUELA HÄBERLEANA EN ALEMANIA Y EN EL MUNDO

1. Profesor Häberle, yo he podido observar que usted en la actualidad podría presumir justificadamente de una teoría constitucional integral. Usted continúa la tradición de los grandes maestros alemanes del derecho público. El profesor español P. de Vega ha dicho alguna vez que su teoría constitucional es la más importante teoría del presente.

Me alegra que el profesor español P. de Vega valore positivamente mi teoría constitucional. Como he señalado, yo sólo puedo presumir de haber laborado arduamente durante más de cincuenta años.

2. Usted tuvo y tiene aquí en Alemania discípulos reconocidos que hoy son renombrados profesores que divulgan con exactitud su pensamiento. Según su opinión, ¿qué caracteriza a la escuela häberleana?

Muchos de mis ex discípulos son ahora profesores reconocidos. Ellos trabajan entre sí y también individualmente. No sé si se

pueda hablar de una “escuela”. Intenté, naturalmente, transmitir a mis discípulos lo siguiente: apertura, tolerancia, humildad, sensibilidad por los conocimientos interdisciplinarios y curiosidad por los desarrollos actuales. Todo esto está reforzado por el modo de pensar de mis mentores ya citados. Los discípulos me han sorprendido ahora mismo con un regalo de cumpleaños: *Reflexionar sobre el Estado constitucional* (A. Blankenagel [ed.], 2014). En él se refleja la diversidad de sus pensamientos científicos.

3. *¿Qué siente usted cuando un estudiante o científico extranjero se interesa por sus obras y teorías? ¿Cuál ha sido su experiencia?*

Me satisface bastante, me alegro mucho cuando un estudiante o investigador extranjero se interesa por mis teorías. He tenido experiencias positivas. Por ejemplo, desde inicios de los años noventa, jóvenes investigadores invitados vienen a mi antigua cátedra, o bien a mi centro de investigación actual, sobre todo de Italia, España, Grecia y América Latina, pero también de Japón y Sudáfrica. Muchos de ellos han llegado a ser profesores nombrados oficialmente en sus países y, ahora como antes, mantienen vínculos conmigo o con mis discípulos alemanes.

4. *El pensamiento haberleano es hoy reconocido a nivel mundial. Su teoría constitucional ha trascendido Alemania y Europa. ¿Pensó alguna vez que su pensamiento sería valorado positivamente en el extranjero?*

Mi teoría constitucional comparada no sólo ha llegado a ser aceptada en Alemania y Europa, sino también, por ejemplo, en Corea del Sur, Japón y también en América Latina. No había contado con este eco intenso. Es satisfactorio que las disputas de las escuelas alemanas, con consecuencias desde la época de Weimar hasta hoy, no se adviertan así en el extranjero como en mi país.

5. Usted ha establecido una especial relación con el constitucionalismo latinoamericano. ¿Cómo empezó su interés académico por América Latina?

Mi especial inclinación por el constitucionalismo de Latinoamérica está vigente. Todo empezó gracias a la invitación del profesor D. Valadés para ir a México. Posteriormente, siguieron invitaciones para viajes de conferencias hacia Brasil, Argentina y Perú. Esta suerte de diálogo científico con Latinoamérica empezó también en una reunión en Granada en 1999.

6. Muchas de sus teorías han sido aceptadas en Brasil, Colombia, Perú, etcétera, a través de los profesores de derecho constitucional y de los tribunales constitucionales. ¿Es ello ya un ejemplo claro y concreto de la teoría constitucional universal?

En los países que usted ha mencionado, algunas de mis teorías han encontrado resonancia. Especialmente exitosa y con consecuencias prácticas para el derecho procesal constitucional es la teoría de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. El señor presidente G. Mendes en Brasilia ha sido y es acá no sólo un “medio de recepción”, sino también un traductor. Lo mismo vale para los profesores Belaunde y Landa en Perú. Con alegría escucho y leo que tanto la Corte Constitucional en Colombia como también la Corte Suprema de Justicia de Argentina citan mi planteamiento científico cultural. Probablemente con ello se haya conseguido también una pieza de mi teoría constitucional universal y un puente con otras culturas jurídicas.

7. Peter Häberle no sólo es su nombre, sino también el nombre de una Fundación en Suiza desde 2004, en España desde 2011 y en Brasil desde 2013. ¿Qué significa para usted como persona y científico la Fundación Peter Häberle?

Estoy muy feliz de que a iniciativa de la Universidad St. Gallen se haya instituido en Suiza una fundación que lleva a cabo regularmente coloquios internacionales.

Lo mismo vale para Granada (2011) y Brasilia (2013). Se ha conseguido con ello un foro en el cual pueden reunirse científicos jóvenes. Dado que en Granada y en Brasilia se han creado también bibliotecas de investigación, existe un intercambio especialmente fértil. Probablemente yo sólo sea el motivo y no el fundamento para estos desarrollos.

8. Ha cumplido usted recientemente ochenta años, y por ese motivo le hicieron en Lisboa un homenaje. Le pido por favor que nos brinde algunas reflexiones finales.

Por mi cumpleaños número ochenta se realizaron coloquios internacionales en Roma y Montpellier en 2013, además en Lisboa. Usted amablemente me da ahora espacio para unas reflexiones finales. Para eso voy a utilizar las siguientes palabras clave: (1) La entrevista es una especie de la literatura y de la ciencia que se destaca por su inmediatez y por su amplia libertad. Se trata de un diálogo real. Agradezco por ello. Me gustaría agregar que las preguntas son muchas veces mejores que mis respuestas, y las traducciones igualmente mejores que mis textos. (2) La mirada a los tribunales constitucionales internacionales es una tarea del futuro, como la comparación jurídica es la ciencia del futuro. Ella se deriva de las Constituciones parciales con muchos participantes de todo el mundo, y no menos de la ciencia. (3) En este ámbito, lo pedagógico es para mí de mucha importancia. Las próximas generaciones de científicos deben ser aprovechadas por el Estado de la Constitución cooperativa. No sólo los derechos humanos son objetivo de la educación, y valores orientadores, sino también los principios estatales jurídicos y la separación de poderes. Tempranamente las Constituciones de Guatemala y Perú habían incluido clases sobre derechos fundamentales. La Constitución de Sudán del Sur de 2013 impone a todas la instan-

cias estatales la tarea de transmitir la “conciencia pública” de la Constitución. Esto es mucho más que simbólico; ya en la época de Weimar las Constituciones de los estados federados dispusieron por separado hacer entrega de un ejemplar de la Constitución a los alumnos en su despedida. (4) Que la teoría constitucional comparada podría aportar a la política de previsión científica, pudo estudiarse en Ucrania. Ahí sería de mucha ayuda el modelo del federalismo abierto. La teoría del Estado federal mixto podría proveer para el este de Ucrania modelos para la protección de las minorías, o por lo menos ofrecer una propuesta para una estructura regionalista; esto, no obstante, en conexión con un estatus de neutralidad, como existe ejemplarmente en Austria, pese a su pertenencia a la Unión Europea. (5) El optimismo científico no es únicamente un principio pedagógico, sino también un conductor del conocimiento.

Precisamente en el tiempo del desacato al derecho internacional (anexión de Crimea por parte de Rusia) y ante el retorno a la barbarie en el Medio Oriente, así como de la convulsión en Irak, alentada por grupos terroristas fundamentalistas, no se puede renunciar a los esfuerzos positivos de las Constituciones parciales internacionales y nacionales. La jurisprudencia internacional llega a ser hoy inclusive mucho más importante que antes.

Cada Estado constitucional nacional y cada jurista constitucional joven pueden contribuir para ello. Esto es válido también para usted, que se ha introducido ejemplarmente y en profundidad en el derecho del Estado alemán y en mis escritos científicos.

ENTREVISTA DE ALEXIS FOURMONT*

1. *¿Qué es normatividad? ¿Es un tipo de dinámica o de proceso? ¿Cómo se le puede construir? ¿Qué elementos pueden afectar a la normatividad? ¿Quiénes son los intérpretes de la Constitución? ¿Se trata de una casta cerrada o no?*

Usted comienza de inmediato con una pregunta difícil pero crucial. Lo que sea normatividad es tan difícil de responder como cuando se pregunta a los teólogos sobre Dios, o a los filósofos del derecho sobre la justicia. Aquí una primera aproximación: normatividad se refiere a la validez del derecho dentro del marco de una comunidad política o de la comunidad internacional de naciones. Concierna a un deber. La normatividad tiene un destinatario al cual se dirige, así como al autor que la reivindica. La normatividad une al mismo tiempo elementos de estabilidad y de dinámica, es decir, de proceso. Especialmente las Constituciones deben ser entendidas como un “proceso público”. Por un lado, está caracterizada por elementos de estabilidad, y, por otro, de evolución (cultural). En su interpretación y evolución posterior hay muchos implicados, existen incluso puntos legales de la interpretación compartidos por el derecho religioso, como los de la *Sharia*, del derecho judío o canónico y del civil. Por ejemplo, en la deducción analógica o en la orientación al bien común. En 1975, propuse el modelo de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. Intérprete no es solamente el gremio de juristas; intérpretes son también los ciudadanos. Quien vive la norma

* Bucarest, junio de 2015. Trad. del doctor Guillermo José Mañón Garibay. http://www.bieur.uni-bayreuth.de/de/team/01_peter_haerberle/.

constitucional, en especial los derechos fundamentales, en esa medida la interpreta; también en la medida en que se crea arte, se practica la ciencia o en la medida en que se dirige a un tribunal. En la presente etapa de desarrollo del Estado constitucional no hay lugar para castas cerradas, sino para la apertura. Han sido, ante todo, la cultura y la economía las que han impactado en la Constitución “a lo largo del tiempo” (los procesos de comercialización en y a través de la economía son peligrosos sobre todo debido a la *economización* de casi todos los ámbitos de la vida). Una clave es mi colaboración sobre “Tiempo y Constitución” (1974). Podemos distinguir la legislación constitucional de los cambios constitucionales, de las reformas legislativas (incluyendo las cláusulas experimentales) y de los votos especiales de jueces constitucionales en los Estados Unidos, Alemania, España, Tailandia, así como en el Tribunal Internacional y en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los cuales han llegado a convertirse “en el transcurso del tiempo” en los jueces mayoritarios. Respecto a esto último, hay casos célebres en los Estados Unidos y en Alemania.

2. *¿Por qué no debe uno emplear más la expresión “Constitución y cultura”, sino la idea de “Constitución como cultura”? ¿Están las Constituciones de tal forma ancladas en la cultura que no son viables de ser separadas? ¿Una Constitución es algo más que un texto o un escrito?*

Mi libro antepasado lleva el título *El Estado constitucional cooperativo a partir de la cultura y como cultura; estudios previos para una doctrina universal de la Constitución* (2013). Las Constituciones son más que un simple texto. Hay que leerlas dentro del contexto cultural que supone “interpretarlas a través de una reflexión desde el interior”. El punto de partida es el texto (“en el principio era el verbo”). En ese sentido, jurisprudencia es ciencia jurídica del texto. Por el momento, la experiencia se suma a la manera de aproximarse a un texto, especialmente a los textos

de derecho constitucional; también la jurisprudencia de jueces y, sobre todo, los textos clásicos de Aristóteles, pasando por Montesquieu hasta Hans Jonas y John Rawls (es una tripleta: textos constitucionales, teorías y prácticas judiciales). Por lo demás, es válido decir que no se llega a ningún lugar con “simples” transcripciones jurídicas, con los textos, instituciones y procesos. Porque la Constitución no es sólo el orden legal de los juristas desde el cual hay que partir para entender las antiguas y las nuevas reglas del arte de la interpretación. La Constitución esencialmente tiene efecto también como hilo conductor de los no juristas: los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una “edificación de reglas” normativas, sino también la expresión de situaciones de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del mismo pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. La Constitución viviente, entendida como una obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, es una expresión y mediación cultural, marco de (re)producción y recepción cultural y recipiente de “informaciones”, experiencias, vivencias, sabidurías culturales ancestrales. Esto ha sido hermosamente resumido en la imagen de Goethe que Hermann Heller impulsó: Constitución es una “forma con carácter que se desarrolla de manera viviente”.

3. La cultura no es universal, sino necesariamente diferente. La cultura influye la interpretación de la Constitución y sus leyes. ¿Puede uno en principio concebir algo semejante como un modelo que pueda ser utilizado para todas las culturas?

Hay que distinguir entre alta cultura (como el bien y lo bello), cultura popular (como costumbres y hábitos de familia) y cultura alternativa (como los Beatles, por ejemplo). Partamos de un concepto plural de cultura: los tres tipos mencionados de cultura se encuentran en relación recíproca de ósmosis. Esto es lo que significa mi concepto de concepto de cultura abierta y plural (1979). Todo esto ha sido enriquecido por una maravillosa idea

de Goethe: “quien posee ciencia y cultura, tiene religión; quien no tiene esas dos, tiene religión”.

Hay que distinguir, por un lado, los elementos de la cultura universal, como la música de un J. S. Bach o los derechos humanos, de la cultura particular de algunas regiones determinadas del globo terrestre, como Latinoamérica o Europa. En Europa está prohibida, por ejemplo, la pena de muerte como elemento característico de la cultura jurídica. Para mí es la dignidad humana la “premisa” de la antropología cultural del Estado constitucional; la democracia, la “consecuencia” organizacional. Particularidad y universalidad se encuentran en conexión dialéctica. Tradiciones culturales marcan a manera de ejemplo la “imagen” de matrimonio y de familia, hoy día bajo la presión del cambio —piense en el referéndum constitucional de Irlanda respecto a la igualdad de la “pareja homosexual” (mayo de 2015)—.

4. *¿Ese modelo único de Constitución que usted propone en sus obras, y que constituye un marco armónico a partir de todas las tendencias conflictivas en la experiencia histórica, no dejaría fuera conceptos esenciales para un pueblo, simplemente porque para otro pueblo se pueden dejar de lado porque son superfluos?*

No quiero que mi intento de entender la Constitución a partir de la cultura y como cultura excluya otros modelos. Así, tienen vigencia las opiniones de Rudolf Smend (1928) sobre concebir la Constitución como “estímulo y obstáculo”. Lo mismo vale para la visión de Ulrich Scheuner (1962) sobre entender la Constitución como norma y tarea; lo mismo puede decirse de Werner Kägi en el tema de Constituciones entendidas como orden legal fundamental del Estado (1945). Mi comprensión de Constitución es “mixta” e incluye a otros autores. Yo me distancio de una concepción constitucional en el sentido de C. Schmitt (normatividad a partir de la nada), así como del positivismo jurídico (ley igual a derecho, “cada Estado es un Estado de derecho”). El pueblo, el ciudadano en sentido clásico, “We, the people”, participa tanto

en un suceso de promulgación constitucional como también en la interpretación constitucional. Por eso hablo de “democracia ciudadana”. Los pueblos se diferencian mucho en su cultura política. Por ejemplo, el concepto de “República” tiene en Francia una resonancia especial (también en el tema de secularización). En Suiza están la democracia parcialmente indirecta y el federalismo viviente casi ideal. En Francia tiene el centralismo una gran tradición, que solamente se deja relativizar, y con mucho trabajo, en dirección a un regionalismo. En Italia, el himno nacional secreto es el coro de los prisioneros de la ópera Nabucco de Verdi. Intenté, en mi tetralogía, aprehender todas esas diferencias según su peculiaridad cultural nacional: días festivos nacionales, himnos nacionales, banderas nacionales, como elementos culturales de identidad del Estado constitucional. A esto se agregan aspectos de la memoria cultural específica de un Estado constitucional (como el accidente de Chernóbil en Ucrania, que se reflejó en el artículo 16 constitucional de la Constitución de 1996), o la experiencia que hicieron los países bálticos frente al cambio agresivo de Rusia. El 11 de septiembre (2001) dejó a los Estados Unidos una marca en el tema del entendimiento de Estado en la cultura cotidiana hasta nuestros días y, por ejemplo, influyó en las pobres relaciones entre libertad y seguridad en perjuicio de la libertad. El gran J. G. Herder escribió el libro *Voces de los pueblos* (1778-1779), que se puede aplicar a cada uno de los Estados constitucionales nacionales. En el plano europeo es comprensible pensar que el *Himno a la alegría* de Beethoven se haya convertido en un elemento de la identidad de Europa y de su cultura.

5. *¿Cree usted que el perfeccionamiento y la protección de algunos valores fundamentales es fácil de realizar a través de un modelo universal, en lugar de a través de la tradicional regulación según la necesidad de cada Estado?*

Se necesita en cada Constitución tanto elementos universales, como los fundamentos de la dignidad humana o la división

de poderes (Montesquieu), así como elementos individuales o particulares de la comunidad política, concebida concretamente, como el caso de la Monarquía parlamentaria en la Gran Bretaña y España (con su “Monarquía republicana”). En la sociedad civil plural ambos elementos de identidad deben estar vivos. La unidad interna de una sociedad civil será promovida a través de su cultura. Por cierto, yo distingo tres formas de pensamiento: el pensamiento posible (en el sentido del poeta R. Musil), el pensamiento necesario (el interés en el bien común) y el pensamiento real (aquí la clave es la interpretación constitucional orientada a la realidad). Actualmente, hay que separar el concepto “Constitución” de su referencia convencional al Estado. En el derecho internacional hay, desde hace tiempo, partes de las distintas Constituciones: piénsese en el Pacto Universal de los Derechos Humanos o en la Carta de las Naciones Unidas, así como en las convenciones de Hagen, Ginebra o Viena. De manera consecuente están también el Tribunal Internacional Judicial, la Corte Internacional Penal, el Tribunal General de los Derechos Humanos y las cortes constitucionales.

6. Usted también ha explicado que la cultura está determinada por la geografía. La cultura determina la interpretación de la Constitución. ¿Se puede hablar de cultura fuera de su esfera geográfica? ¿Cómo puede la cultura legal influir en la interpretación de la Constitución? De otro modo: ¿podría ser la interpretación de una Constitución distinta dentro de un Common Law Legal System en comparación de la así llamada Civil Law de los países continentales europeos?

La geografía cultural es una disciplina en sí misma, parte de la teoría constitucional (J. G. Herder afirmaba que “historia es geografía legal en movimiento”). Los ejemplos más recientes se encuentran en las últimas Constituciones de Egipto de 2012 y de 2014, por lo menos según los últimos sucesos en aquella realidad (sistema autoritario de A. Al Sisi). El Nilo imprime su sello

en muchos textos de esas dos Constituciones. En Suiza, muchos cantones de la montaña tienen su propia identidad. La interpretación de la Constitución está co-determinada por la cultura y la naturaleza presente. Ambos se unen recíprocamente en una dialéctica constantemente renovada. En los países del *Common Law*, el juez juega usualmente un gran papel a como sucede en el derecho continental. Ciertamente se aproximan los dos sistemas cada día más. Uno piensa en los jueces de la suprema corte de justicia o en el *Conseil d'Etat*, y la jurisprudencia por ellos creada, o en mi concepto de “derecho constitucional común europeo” (1991), como una mezcla de lo escrito y lo no escrito.

7. *¿Es usted de la opinión que cuando ese modelo se haya implementado en países como Siria o Palestina, donde no se respetan los derechos fundamentales o incluso no existen, entonces cambiaría allá la desgraciada situación actual respecto de los derechos humanos?*

Estado de derecho y democracia pertenecen a los elementos sobresalientes del Estado constitucional. Lo mismo se aplica a la primacía de la Constitución, a la independencia de los jueces, a votar regularmente y a una opinión pública plural. En Siria o Palestina se puede proceder solamente paso a paso (en el sentido de K. Popper), como por su parte Bosnia Herzegovina, con la ayuda de la comunidad internacional y de buenos consejos constitucionales y gracias a los estudios de derecho comparado. Una condición es un sistema plural de partidos. Los derechos humanos exigen un mínimo de bienestar, así como participación cultural. El Estado constitucional debe imponer su monopolio de poder. Los derechos humanos deberían ser la meta de la educación de las escuelas, como se espera que esto se lleve a cabo textualmente en cada una de las Constituciones (como en Guatemala y Perú). Los ciudadanos deben ellos mismos experimentar y practicar una “conciencia constitucional”.

8. *¿De qué manera se podrían crear garantías para el ejercicio de la opinión pública?*

Hay que distinguir entre garantías legales, como la opinión pública de las sesiones parlamentarias, la divulgación pública de los procesos judiciales y la opinión pública ciudadana, como se muestra en las manifestaciones del ejercicio democrático de los derechos humanos fundamentales. También los medios de comunicación crean opinión pública plural. Especialmente en Europa debe formarse una vívida opinión pública europea. Recordemos la enorme conexión entre opinión pública, bienestar común y libertad pública (últimos textos de las Constituciones de Francia y España). También se deben recordar las palabras de Cicerón: *res publica, salus publica*. Mi ámbito tripartita distingue tres campos: el *campo estatal*, el *campo social-público* de los grupos plurales y el *campo privado*. Las zonas de protección de lo privado son irrenunciables para que no se llegue a estructuras totalitarias. El engranaje de los distintos campos exige equiparación legal, entendida como equiparación cultural (una tesis de 1982). La cultura política en España es muy distinta a la de la Gran Bretaña; la última se muestra en el trato con la Monarquía. Muchos derechos fundamentales tienen una faceta específicamente pública y democrática, y una función social. Téngase presente las procesiones organizadas por las iglesias cristianas.

9. *¿Cómo se transforma la teoría constitucional de alternativas en una teoría constitucional de tolerancia?*

Mi teoría constitucional de alternativas está obligada frente a las diferentes posibilidades del pensamiento; al respecto me permito evocar la cita de Bismark, donde política se define como “el arte de lo posible”. Pluralismo, o un gran número de alternativas, significa gran número de ideas e intereses como condición y consecuencia de las alternativas. En esto es irrenunciable la

tolerancia entendida como principio constitucional, si bien también hay límites a la tolerancia dentro de la democracia liberal. La tolerancia está escrita en muchas Constituciones estatales en Alemania como fin de la educación. Ella tiene que ser aprendida y practicada una y otra vez por cada nueva generación, incluso dentro de la ciencia.

10. *¿Qué autores y cuáles de sus conceptos han inspirado su propia reflexión?*

Especialmente agradecido estoy con mis mentores, como K. Hesse (“fuerza normativa de la Constitución”), H. Ehmke (“Constitución como límite al poder”), J. Esser (“entendimiento previo y elección de método”), G. Düring (derechos fundamentales como “sistema de valores”, con la dignidad humana como punto de partida). Nombro algunos más: K. Popper (“racionalismo crítico”, el cual debe fundarse en la cultura), H. Jonas (“principio de responsabilidad”) y E. Bloch (“principio esperanza”). El Estado constitucional precisa un poco de utopía, por ejemplo: el Estado de derecho social (H. Heller) ha llegado a ser ley fundamental después de muchos años; la unidad alemana se alcanzó muchas decenas de años después de que la Ley Fundamental alemana de 1949 la exigiera en su preámbulo. Los juristas precisan del optimismo científico a pesar de los reveses. Uno reflexiona acerca de la anexión rusa de Crimea dentro del derecho internacional, entendido como derecho humanitario universal. Precisamente hoy en día, se debe ser muy consciente de la misión de paz que tiene Europa. Rumania posee un origen y futuro cultural. Uno tiene permitido hablar de la “Rumania europea”, así como T. Mann exigía hablar de la “Alemania europea”. Su cultura significa un enriquecimiento para toda Europa. Sus jóvenes juristas deben, junto con sus maestros, insuflar vida en el contrato generacional y científico-cultural, por ejemplo para sus otros colegas.

OBSERVACIÓN FINAL

Permítame hacer una observación final, aunque no se me haya solicitado. Yo le agradezco sus destacadas preguntas y me alegro que haya un círculo de estudiantes al derredor de A. Fourmont interesados en la teoría constitucional. Usted tiene toda razón de estar satisfecho con el texto constitucional de 1991, y mucho más por el empeño para llevarlo a la realidad. Por encargo del parlamento de Georgia he emitido un dictamen sobre la reforma a los derechos fundamentales, y por eso mismo estoy familiarizado con el texto. El artículo 8o. (Constitución de Rumania de 1991) acerca del pluralismo es ejemplar; lo mismo puede decirse del artículo 6o. (derecho a identidad) y del artículo 12 (símbolos nacionales). En mi opinión, carece de un preámbulo, como por ejemplo aparece paradigmáticamente en Sudáfrica, Polonia y en la Ley Fundamental alemana. Los preámbulos son, desde la perspectiva cultural, algo así como los prólogos en la literatura o las oberturas en la música. Ellos abren e inauguran para los ciudadanos el camino hacia la Constitución, con un tono festivo en las palabras y con entradas resaltadas y centradas en los contenidos. Especialmente bien logrado es el artículo 29. El correspondiente derecho constitucional a la religión cubre casi todos los temas problemáticos. También digno de admiración es el artículo 49, parágrafo 2, respecto al derecho fundamental a la seguridad. Esta Constitución es “derecho constitucional común europeo”, incluyendo los fundamentos del principio de proporcionalidad que corresponde al estándar establecido por las Constituciones de los cantones y a la teoría alemana sobre el Estado de derecho, elaborada a lo largo de muchas décadas. El que a mí se me haya permitido viajar en 1974 de Marburgo a Bucarest, a lo largo de la costa del Moldavia, intensifica mi afecto por Rumania hasta el día de hoy. Muchas gracias.

ENTREVISTA DE DIEGO VALADÉS*

Profesor Häberle, cada una de las entrevistas académicas que usted ha concedido es una verdadera fuente de conocimientos y de análisis. En esta ocasión me interesa conversar con usted acerca de problemas prácticos del constitucionalismo relacionados sobre todo con el diseño de las Constituciones.

1. El siglo XIX fue el gran momento de expansión del constitucionalismo, después de las experiencias americana y francesa y, por supuesto, con el antecedente un poco más remoto del constitucionalismo británico. Por eso, para comenzar este diálogo, me interesa saber cuáles son las Constituciones del siglo XIX que usted considera paradigmáticas.

Sin el “laboratorio constitucional” de Francia (1789 a 1795) y sin los textos de los Estados Unidos (1776, 1787), sería inimaginable el constitucionalismo en el siglo XIX. Vale lo mismo respecto de las líneas evolutivas hacia la democracia parlamentaria en la Gran Bretaña, tomando también en cuenta el precedente de la Magna Carta (1215). Por lo demás, la evolución constitucional en el siglo XIX hizo contribuciones propias a través de grandes textos (son textos clásicos, por ejemplo, las obras de Georg Jellinek, 1900). Un lugar especial corresponde a la temprana Constitución belga de 1831, particularmente porque Rudolf Smend se ocupó de ella en un texto pionero (1904). Le sigue la Constitución suiza de 1848, que hizo época por su estructura federal. Gran influencia tuvo luego la Constitución ale-

* Traducción de Héctor Fix-Fierro.

mana de Frankfurt de 1849, aunque nunca entró formalmente en vigor, irradiando profundamente la posterior evolución histórica del Estado constitucional en Alemania y en Europa. Aquí queda de manifiesto que los textos constitucionales, incluso cuando no son más que proyectos sobre “papel”, pueden desplegar, a mediano y largo plazos, su fuerza normativa en el espacio y en el tiempo. Las “tempranas” Constituciones alemanas, como la de Baviera (1818), ponen también un acento propio. La Constitución de la Iglesia de San Pablo (1849) influyó, sobre todo, gracias al federalismo y a un excelente catálogo de derechos fundamentales (“los derechos fundamentales del pueblo alemán”). Claro está, en Alemania, es decir, en los estados particulares y luego en el Imperio de Bismarck (1871), el principio dominante era el monárquico, ya que todavía no se había impuesto el de la soberanía popular, preconizado por la Revolución francesa. Lamentablemente, la Constitución de Bismarck carecía de un catálogo de derechos fundamentales, si bien sí contaba con él la mayoría de los estados alemanes.

2. La caída del muro de Berlín, a la que usted se ha referido en diversos ensayos, tuvo repercusiones muy importantes en el constitucionalismo europeo. Pero el fin de la Guerra Fría también generó cambios institucionales de gran importancia en otros lugares del planeta, entre ellos en América Latina. Si ahora damos un gran salto en el tiempo y nos trasladamos al último cuarto del siglo XX y a lo que va del XXI, desde su punto de vista, ¿cuáles son las Constituciones recientes que tienen las siguientes características: a) instituciones sociales avanzadas; b) buena técnica legislativa; c) lenguaje claro y accesible? En otras palabras, ¿cuáles son las mejor diseñadas?

La caída del Muro de Berlín en el *annus mirabilis* (1989) tuvo, en efecto, consecuencias de alcance mundial. Si tomamos los muy relevantes criterios que usted propone para identificar a las Constituciones exitosas, son varios los ejemplos que pueden

mencionarse: la nueva Constitución federal de Suiza (1999), y anteriormente la Constitución de Polonia (1997), así como las nuevas Constituciones de Alemania del Este, sobre todo la de Brandemburgo (1992). Al otro extremo del mundo sería de mencionarse la Constitución de Sudáfrica (1996), lo mismo que la reciente Constitución de Túnez (2014). Me alegra que, siguiendo sus propias investigaciones usted destaque el lenguaje de una Constitución como elemento especial. El preámbulo (frecuentemente precedido de una *invocatio dei*) plantea exigencias particulares, pues debería estar escrito en un lenguaje festivo y accesible al ciudadano; debería elaborar tanto la historia como bosquejar el futuro, y representar un concentrado del contenido restante de la Constitución (con frecuencia, los preámbulos son expresamente declarados parte integrante de la Constitución, como sucede, por ejemplo, en algunos países de África). Los buenos preámbulos pueden convertirse en un “evento textual”. Desde la perspectiva de la ciencia de la cultura, se asemejan a los prólogos en la literatura o a las oberturas en la música. Los derechos fundamentales deben formularse de manera concisa y cercana al ciudadano, mientras que la parte orgánica de la Constitución debe estructurarse del modo más transparente posible. Un Estado constitucional ejemplar debe incorporar actualmente, como contenido y elemento esencial, la jurisdicción constitucional —como expresión de la división de poderes—. Ejemplos más bien negativos de Constituciones recientes los encontramos en la Constitución nacionalista de Hungría (2011), así como en la Constitución de Egipto, de cuño fuertemente islámico, que promovió el presidente M. Morsi.

3. *Algunas Constituciones, como las de India y México, son muy extensas. La india supera las noventa mil palabras y la mexicana se acerca a las setenta mil. Varias Constituciones, elaboradas o reformadas en las décadas recientes, son muy minuciosas, casi reglamentarias. ¿A qué atribuye la tendencia a escribir Constituciones voluminosas, llenas de detalles?*

En efecto, debe ser objeto de crítica la considerable extensión textual de no pocas Constituciones en la actualidad. Además de los ejemplos que usted menciona, yo citaría también la Constitución de Ecuador (2008). Solamente lo que es materialmente “importante” para el Estado constitucional concreto debe incorporarse en la forma de la Constitución escrita. Las cuestiones más bien técnicas deberían quedar aparte. Ahora dos explicaciones sobre las Constituciones sobrecargadas y barrocas que usted menciona. Por un lado, los responsables se inclinan a incorporar demasiadas materias bajo la figura de los mandatos constitucionales: deberes de protección para las familias, las mujeres, los jóvenes, los adultos mayores, los enfermos, las personas con discapacidad, los consumidores, etcétera. A esto se agregan los cambios tecnológicos y otros desafíos, como la protección de datos personales. Recientemente están pasando a primer plano las disposiciones sobre la protección al ambiente, a los animales y a las minorías, así como sobre el crecimiento poblacional y la cooperación internacional, en el sentido del “Estado constitucional cooperativo” (palabra clave: apertura del catálogo temático del Estado constitucional en el tiempo). No obstante la importancia de todos estos temas, el constituyente debería ocuparse solamente de lo fundamental y dejar el resto al proceso político abierto. Otra razón de la sobrecarga de los textos constitucionales podría radicar en la necesidad de hacer numerosos compromisos al redactar la Constitución, habida cuenta de la vivencia del pluralismo en la sociedad abierta. Cada grupo político pretende incluir lo más que pueda de sus propios temas en los textos constitucionales que ofrecen una legitimación especial, quizá a causa de la tradición de las religiones del libro (“está escrito...”). Agregó que en ocasiones el poder revisor de la Constitución hace mal su trabajo y algunas disposiciones nuevas fracasan. Esto es lo que sucede en Alemania con la nueva redacción de los artículos 23 y 16 de la Ley Fundamental, la cual ha sido modificada más de sesenta veces desde 1949. Por lo demás, hay que recordar que los constituyentes elaboran sus textos a través de cinco métodos

de configuración, análogamente a los cuatro métodos clásicos de interpretación constitucional, ampliados con un “quinto” método, la comparación constitucional. Esto pude demostrarlo recientemente en relación con el Consejo Parlamentario de Bonn y su labor redactora de la Ley Fundamental (1948). Desde el punto de vista de la teoría constitucional, hago la distinción entre tres enfoques: el pensamiento de la posibilidad (la política como “arte de lo posible”, como la entendía Bismarck), el pensamiento de la realidad (el enfoque de la ciencia de la realidad, en el sentido de Hermann Heller), y el pensamiento de la necesidad (requerido, por ejemplo, por la justicia del bien común).

4. En América Latina ha habido algunos intentos aislados de establecer sistemas parlamentarios, sin éxito. En cambio, muchos sistemas presidenciales del área han adoptado instituciones procedentes de los parlamentarios, como el voto de confianza y la moción de censura para los ministros, e incluso la presencia de ministros con rango de premier, como son los casos de Argentina y de Perú. Si partimos del reconocimiento de que no hay instituciones perfectas, ¿qué ventajas y desventajas le ve usted a cada uno de los grandes sistemas: el parlamentario y el presidencial?, y ¿qué opina de los sistemas intermedios, llamados semipresidencial, semiparlamentario e incluso presidencial-parlamentario?

Su cuarta y muy profunda pregunta la puedo responder solamente de manera muy provisional. Carezco de conocimientos sobre la evolución particular del presidencialismo en la América Latina actual (aunque conozco sus interesantes reflexiones sobre la parlamentarización del sistema presidencial). Yo podría pensar que precisamente las jóvenes democracias, particularmente en los países en el umbral del desarrollo (*Schwelmländern*), como Brasil o Perú, requieran una “mano fuerte”, es decir, un presidente. La ventaja del sistema parlamentario reside en que es capaz de reflejar de mejor modo en el Parlamento el pluralismo existente en el ámbito de la sociedad. Pero también

en el sistema parlamentario puede haber jefes de gobierno muy fuertes. Piénsese en el papel central del canciller en la democracia (*Kanzlerdemokratie*) inaugurada por Konrad Adenauer en Alemania. Qué tan peligroso puede ser un presidente fuerte para su país lo muestran los acontecimientos más recientes en Turquía. En vista de la existencia de grandes minorías étnicas, como los curdos, es de criticarse que el actual presidente R. T. Erdogan intente fortalecer el sistema presidencial al tiempo que debilita al Parlamento y al jefe de gobierno. Esto es particularmente cierto cuando se reducen las competencias de la instancia indispensable de control, que es la jurisdicción constitucional. La gran pregunta que usted plantea quizá no pueda contestarse de manera general, sino que del estadio de desarrollo concreto — económico y cultural— de un determinado Estado constitucional depende mucho que éste decida instaurar el presidencialismo o el sistema parlamentario. Las formas mixtas hay que someterlas experimentalmente a prueba. En Italia se debatió recientemente sobre el “semipresidencialismo” (sobre la situación constitucional en Alemania véase a R. Chr. van Ooyen, *Das Amt des Bundespräsidenten [El cargo del presidente federal]*, 2015).

5. En muchos países ha habido expresiones de inconformidad con los partidos políticos, lo que afecta el desempeño de los respectivos sistemas representativos. Éste es un tema que se ha trabajado más desde la perspectiva de la ciencia política y menos desde las instituciones constitucionales. Sin embargo, el resultado de un sistema representativo deficiente se proyecta en la falta de controles sobre el gobierno y, por lo mismo, en la pérdida de los equilibrios que caracterizan al Estado constitucional. ¿Cuáles son los principales problemas constitucionales que usted advierte para los sistemas representativos de nuestro tiempo?

Estoy plenamente de acuerdo con el diagnóstico que usted hace, así como con su idea de que son numerosos los equilibrios que caracterizan al Estado constitucional (palabra clave: “Cons-

titudin mixta”, una tradición que viene de la Antigüedad, así como la división de poderes). En Europa se producen cambios cuestionables sobre todo a través de la penetración de los partidos populistas, por ejemplo de orientación antieuropea, como en Francia, Gran Bretaña y Escandinavia. Además, resulta preocupante el aumento en el número de ciudadanos que no acuden a votar. En ocasiones, participa en las elecciones apenas la mitad de los electores. El sistema representativo tiene que innovar. Cabe pensar en elementos de democracia directa, tal como operan en la “democracia semidirecta” de Suiza en todos los niveles, desde los municipios, pasando por los cantones, hasta la Federación. La nueva iniciativa popular en la Unión Europea pertenece a este contexto. Los medios de comunicación también tienen que incorporarse en el planteamiento del problema. La radio y la televisión deben estructurarse de modo pluralista, estar desvinculados en lo posible del Estado, y ejercer un control político responsable sobre el gobierno. Los partidos políticos mantienen una función indispensable, por ejemplo, en la formulación de alternativas políticas, así como en la selección del personal político. La teoría constitucional comparada debe preocuparse especialmente de la ley de partidos (palabra clave: financiamiento y democracia interna de los partidos, prohibición de partidos racistas, por ejemplo). Resulta inquietante la pérdida de militantes en los partidos. La “ciudadanía a través de la formación” podría contrarrestar este fenómeno.

6. *Todo sistema constitucional democrático, como parte de los procesos culturales, tiene que mantener una constante revisión de sus instituciones y de sus procedimientos. ¿Cuáles considera que son las principales dificultades que enfrentará la democracia constitucional con motivo de las innovaciones científicas y técnicas, sobre todo las que tienen que ver con la ampliación de las expectativas de vida y con las modalidades de comunicación, como Internet y las redes sociales, por ejemplo?*

Su sexta pregunta retoma, en el fondo, un viejo tema mío: “Tiempo y Constitución” (1974). Es un hecho que el Estado constitucional debe desarrollar un instrumental diferenciado para adecuarse al “curso del tiempo”. Los instrumentos van desde la revisión total de la Constitución, pasando por la revisión parcial, hasta la legislación experimental y el voto particular de los jueces constitucionales, que más tarde pueden convertirse en mayoría judicial; la Constitución se manifiesta aquí como “proceso público”. Hoy enfrenta el Estado constitucional enormes desafíos técnicos, sobre todo con vistas a la protección de la esfera privada en Internet. Las palabras clave en Alemania son: carta de derechos fundamentales digitales, derecho internacional digital a cargo de las Naciones Unidas, neutralidad de la red, supresión del anonimato; la Internet no es un espacio jurídicamente libre, y por el lado de la economía hay peligros totalitarios.

En cuanto a la protección del ambiente, se trata de asegurar la supervivencia de las siguientes generaciones (palabra clave: conferencia climática en París en otoño de 2015). El texto clásico es la obra filosófica de Hans Jonas, *El principio responsabilidad*, de 1979 (palabra clave: supervivencia de la humanidad). La creciente expectativa de vida de los seres humanos exige medidas especiales de política poblacional, como las que toma en consideración la nueva Constitución de Egipto de 2014 (artículo 41). El contrato de las generaciones no es otra cosa que el contrato social proyectado en el tiempo. Tratándose del tema del “tiempo”, se debe hacer notar que todas las Constituciones harían bien en permitir al presidente electo solamente una reelección en vida (división de poderes en el tiempo). Los ejemplos contrarios espantan: Hugo Chávez, Vladimir Putin, y más recientemente el presidente de Burundi, P. Nkurunziza. Ciertamente, hasta ahora ningún filósofo, ni teólogo ni escritor, ha podido determinar con precisión lo que es, en última instancia, el “tiempo”.

7. En 2013 la ONU calculó en más de 230 millones el número de personas que vivían fuera de sus respectivos países. Esa cifra

ha seguido creciendo. La migración africana se dirige de manera dominante hacia Europa, y la latinoamericana hacia Estados Unidos. El incremento de las corrientes migratorias ha hecho surgir un fuerte discurso conservador en los países a los que llegan. La paradoja es que los sistemas constitucionales están entrando en tensión porque los derechos fundamentales de la población inmigrante no son equiparables a los derechos de la población nacional. ¿Qué riesgos considera usted que puede llegar a representar el problema de la migración (emigración/inmigración) para el Estado constitucional, tanto desde la perspectiva de los países que reciben como de los que expulsan población?

En efecto, el número de refugiados en nuestro planeta azul es atemorizante. Europa se ve expuesta casi a una “migración de los pueblos” (*Völkerwanderung*) desde los Balcanes, el Oriente Próximo y África. Los Estados Unidos enfrentan una enorme oleada de migrantes provenientes de Latinoamérica. En Alemania se han producido, en 2015, vergonzosos ataques a los refugios de migrantes, pero también hay mucho de positivo en todos los niveles del Estado y, asimismo, gracias a las iniciativas de particulares. El tipo del Estado constitucional tiene que lograr, diferenciadamente, la “concordancia práctica” de los derechos fundamentales de ambas partes: por un lado, cuando hay persecución política, el derecho humano al asilo (derecho al que, en caso necesario, hay que imponer límites inmanentes en función de una posible capacidad; palabra clave: reserva de posibilidad en relación con los derechos de prestación); luego, una inmigración dosificada, la cual debe considerarse no sólo bajo el aspecto del enriquecimiento económico, sino también del cultural (ejemplos históricos: la recepción de los hugonotes franceses en Prusia a partir de 1685, o la inmigración en Australia y Canadá); por el otro lado, hay que tomar en cuenta los derechos fundamentales de los conciudadanos. Términos clave en este sentido son el mantenimiento de la cohesión de un pueblo, la fuerza integrativa de las sociedades abiertas, la paz pública, la protección de las

minorías, los límites diferenciados de la capacidad, pero también las instituciones, como los comisionados para la migración y los procedimientos del Estado de derecho. En conjunto, hace falta una amplia e inteligente “política de los derechos fundamentales”. A los países multiétnicos, como Kosovo, se les plantean tareas especiales.

Hoy en día, la ciencia comparada del Estado constitucional no está bien preparada frente a todos estos desafíos. En última instancia, se trata de un proceso cultural que trasciende a las generaciones. La tolerancia en el trato recíproco es una palabra clave en este sentido, lo mismo que la memoria de la alta cultura de la hospitalidad desde la Antigüedad, como la he podido experimentar gratamente en mis visitas a la Ciudad de México.

8. El Estado constitucional, como cualquier otra organización, está sujeto a diversas vicisitudes derivadas de los problemas comunes de su funcionamiento, pero también tiene que hacer frente a las desviaciones de la corrupción. ¿Qué medidas pueden adoptar esos Estados para combatir la corrupción, sin reproducir los viejos esquemas del Estado policía?

Como cualquier otra organización, el Estado constitucional está expuesto a errores y fallas, déficits y debilidades. Esto se relaciona con la naturaleza del ser humano. Sin embargo, hay muchos procedimientos que se ajustan al ser humano como “ser defectuoso” (Arnold Gehlen): desde la división de poderes hasta el derecho penal; desde la democracia como gobierno limitado temporalmente hasta la publicidad y la transparencia. En lo particular, la corrupción avanza en muchos países, no sólo en África (inclusive en Sudáfrica y Kenia, con sus nuevas y excelentes Constituciones). Al respecto, habría que confiar en los objetivos de la enseñanza en las escuelas (por ejemplo, probidad e integridad, respeto de la dignidad de los otros, también tolerancia), pero también en las universidades (de acuerdo con el texto de las dos nuevas Constituciones de Egipto, de 2012 y 2014). Grandes

figuras (“ciudadanos del mundo”), como Albert Schweitzer, Nelson Mandela y la madre Teresa, y en general las comunidades religiosas, son indispensables como proveedores de sentido para cada país y para todos los ciudadanos. Las posibilidades del Estado permanecen limitadas y tienen que estarlo para que el Estado constitucional no se transforme en Estado policiaco totalitario. Como sucede con tanta frecuencia, enfrentamos aquí las fronteras de nuestra disciplina científica, sobre todo desde que el “tiempo se ha desquiciado” (W. Shakespeare) a raíz de la anexión ilegal de Crimea. Pensemos también en el llamado “Estado islámico”, que pretende borrar la memoria cultural de los seres humanos a través de la destrucción de los sitios reconocidos por la UNESCO como patrimonio de la humanidad. Debemos hablar abiertamente de estos deprimentes acontecimientos también ante los estudiantes. A ello nos ayuda Goethe: “Quien tiene ciencia y arte, tiene religión; quien carezca de ambas, tenga religión”. Aquí se hace relevante mi tesis contextual: “interpretar añadiendo mentalmente” (1989/2001). No hay texto sin contexto. Recuerdo la magnífica cita del papa Gregorio Magno: “*Scriptura cum legentibus crescit*” (“La Escritura crece con los lectores”). Yo añadiría: “*constitutio cum legentibus et viventibus crescit*” (“La Constitución crece con los lectores y con las vivencias”).

9. Los problemas de la equidad han sido muy trabajados desde la perspectiva filosófica, política, económica, sociológica y antropológica. En el orden constitucional, los derechos fundamentales se asocian a la búsqueda de soluciones para alcanzar la equidad. Sin embargo, el hecho real es que, con algunas excepciones, en numerosos Estados constitucionales los problemas asociados con la falta de equidad siguen siendo muy agudos. ¿Qué soluciones constitucionales prevé usted que puedan ser adoptadas para atender este tipo de problemas?

La relación equilibrada entre libertad e igualdad es un problema abordado desde hace tiempo por casi todas las ciencias.

Recuerdo la brecha entre pobres y ricos, sobre todo en los países en desarrollo, las hambrunas y las epidemias, los déficits de la educación y la cultura, el desempleo, los excesos del capitalismo. En parte ya existen las posibilidades: piénsese en el impuesto progresivo al ingreso, en la igualdad de oportunidades en la educación, en el desarrollo de un derecho fundamental al mínimo vital económico (así en Suiza y en Alemania), en la protección de la salud a cargo del Estado social. Los ingresos horrendamente elevados en el fútbol o en los mercados financieros internacionales son un escándalo, una mala consecuencia de la globalización que todos tratamos de contrarrestar. Por supuesto, hay que recordar que la igualdad en exceso, en el sentido de un afán de nivelación, se produce a costa de la libertad. A la inversa, el exceso de libertad conduce a la falta de igualdad. Muchos campos jurídicos hacen aquí lo más que pueden: el derecho privado a través de sus cláusulas generales (por ejemplo, el ataque a las buenas costumbres), y el derecho laboral con el equilibrio entre los empleadores y los trabajadores; también las prestaciones del Estado social (Hermann Heller), así como la infraestructura de los servicios públicos de salud son un magno intento, a través de los medios del derecho, de equilibrar la libertad y la igualdad, procurar la justicia social y mantener la paz pública.

10. En materia de convicciones religiosas, filosóficas y éticas, el Estado constitucional todavía tiene mucho por hacer. El laicismo se ha abierto paso, pero en numerosos Estados esas convicciones propician resistencias a cambios institucionales. En los últimos lustros ha habido cambios en lo que se refiere a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en especial acerca del aborto, y a los derechos de las parejas del mismo sexo. Sin embargo, esos cambios siguen formando parte de las decisiones interiores de los Estados nacionales y esto genera profundas contradicciones en la comunidad internacional. El aborto, por ejemplo, está permitido en varios Estados, mientras que en otros está asimilado al homicidio calificado. Con la eutanasia también se

presentan contrastes muy marcados. Estos son asuntos relacionados con el entorno cultural. ¿Qué prevé usted en cuanto a los sistemas constitucionales nacionales y al derecho constitucional internacional en lo que se refiere a los asuntos relacionados con la laicidad de las instituciones?

Menciona usted, con razón, acontecimientos que se encuentran, en casi todo el mundo, en el orden del día político y jurídico-constitucional: el debate sobre el aborto y los derechos de las parejas del mismo sexo. Se trata de profundos procesos de cambio cultural. Evidentemente, la secularización de las sociedades abiertas no ha llegado a su fin; las sociedades están divididas. Lo mismo vale para la eutanasia. Probablemente deba replegarse aún más el derecho penal, por ejemplo, en el caso del aborto. Lo que sí sabemos es que toda nación requiere, en sus capas profundas, un consenso cultural fundamental para poder subsistir en la convivencia común de los ciudadanos; todos deben colaborar en este sentido. ¡Los recursos de las religiones, las ciencias y las artes son irrenunciables! La tolerancia permanece como palabra clave, pero también ha de tener sus límites. Un poco en broma: ¿por qué el postulado francés del “matrimonio para todos” no puede llevar a un matrimonio de tres personas, como se conocía en las sociedades tribales asiáticas...?

11. *A partir de todo lo que le he preguntado, querido profesor Häberle, si usted escribiera la Constitución ideal, ¿qué estructura adoptaría?*

Querido amigo y colega Valadés, ¡le pido que con su decimoprimera pregunta no me ponga en el lugar de Juan Jacobo Rousseau! Aunque era un gigante como Montesquieu y John Locke, evidentemente no tuvo muy buena mano cuando le solicitaron un proyecto de Constitución para Polonia. La historia ofrece emocionantes ejemplos en materia de procesos constituyentes a cargo de un solo personaje, lo que casi linda con las esferas teo-

lógicas: Licurgo no regresó de Delfos después de pedirles a los ciudadanos de Esparta observar hasta su retorno la Constitución que les había dado. En Sicilia, Empédocles se arrojó al Etna después de haberle dado una Constitución a su ciudad. Yo mismo me he atrevido a participar en deliberaciones constitucionales, como en Polonia, en Estonia y en el cantón suizo de Sankt-Gallen. Yo no podría redactar una Constitución “ideal”, pero sí mencionar algunos ideales particulares: la democracia pluralista basada en la división de poderes; un refinado catálogo de derechos fundamentales, con la dignidad humana a la cabeza (previamente un preámbulo invocando a Dios), el Estado social de derecho, el Estado de cultura (*Kulturstaat*) y el Estado ambiental, una estructura federal o regional, así como una jurisdicción constitucional desarrollada; todo ello tendría que redactarse en lo posible de modo conciso y transparente. Como usted ve, tengo en mente a Suiza (“el taller suizo”), pero un poco también a Sudáfrica y Kenia (cuyos ejemplares catálogos de derechos fundamentales cuentan también con la protección de su contenido esencial). Gracias a la comparación jurídica en el tiempo y en el espacio es que un grupo amplio de especialistas podrían trabajar con textos alternativos, en la tradición suiza. Las decisiones principales las tomaría una asamblea constituyente, libremente electa, con posterior referéndum popular.

12. *Le agradezco mucho, admirado profesor Häberle, que me haya permitido tener este diálogo, que me ha ilustrado, como siempre que lo leo o que lo escucho, acerca de problemas relacionados con la teoría constitucional. Las contribuciones de usted son fundamentales para nuestro tiempo. Ahora, para finalizar, en materia de fuentes doctrinarias le pregunto ¿qué obras europeas contemporáneas considera de lectura indispensable para un constitucionalista contemporáneo?*

Yo le agradezco cordialmente este diálogo, que llevamos ya desde hace muchos años en un plano amistoso, tanto en lo fami-

liar y lo personal como en lo doctrinal. Mi vinculación con las comunidades científicas nacionales de varios países latinoamericanos constituye la mayor alegría y honor para mí (la comparación no es una “vía de un solo sentido”: nosotros los europeos todavía tenemos mucho que descubrir en las Constituciones de Latinoamérica). Quisiera mencionar en particular a los colegas de Perú (los profesores Domingo García Belaunde y César Landa, así como al joven académico Jorge León), de Argentina (los profesores Gustavo Ferreyra y Eugenio Zaffaroni) y de Brasil (los profesores Gilmar Mendes, Ingo Sarlet y Mariska).

Pregunta usted por obras contemporáneas que serían indispensables para un “constitucionalista” de hoy. Enseguida mencionaré algunos nombres, pero, desde el punto de vista del contenido, quisiera señalar lo siguiente: en mi opinión sólo se puede ser “constitucionalista”, hoy y en el futuro, si se estudia al mismo tiempo las Constituciones parciales del derecho internacional, por ejemplo, los elevados ideales que se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas, así como en los dos pactos de derechos humanos de 1966, en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y en los tribunales de Naciones Unidas, junto con las convenciones de Ginebra, Viena y La Haya. En consecuencia, los cada vez más importantes tribunales internacionales, por ejemplo, en La Haya y en San José de Costa Rica, se configuran en parte como tribunales constitucionales. Yo concibo el derecho internacional como un derecho constitucional universal de la humanidad.

Entre las obras clásicas de la era de Weimar puedo mencionar las obras de Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller y Hans Kelsen (de Francia, las de Maurice Hauriou). De la bibliografía contemporánea me gusta citar a dos clásicos más recientes, que también son mencionados con frecuencia por el Tribunal Constitucional Federal alemán: Günter Dürig y Konrad Hesse. De Italia deberíamos mencionar los trabajos de comparación constitucional de A. A. Cervati y Paolo Ridola, y también los de Antonio D’Atena. De España, la nueva escuela de Granada, es

decir, Francisco Balaguer Callejón y su círculo de amigos y discípulos, así como también Pedro Cruz Villalón. De Portugal, los colegas Jorge Miranda y José Gomes Canotilho. Por supuesto, esta selección es fragmentaria y subjetiva. Desafortunadamente, no domino el panorama de la doctrina angloamericana. Me parecen indispensables, en cambio, las resoluciones emblemáticas del Tribunal Constitucional Federal alemán en Karlsruhe, de la Corte Costituzionale en Roma, de los tribunales constitucionales español en Madrid y portugués en Lisboa, así como de los tribunales europeos de Derechos Humanos en Estrasburgo y de Justicia en Luxemburgo. También considero importante trabajar en la dimensión común europea y latinoamericana (el constitucionalismo brasileño ofrece aquí los servicios de un marcapasos). A largo plazo podría surgir algo así como una “ciencia jurídica universal”, una “comparación constitucional en el derecho internacional”, y una “política del derecho internacional” en armonía con el Estado constitucional cooperativo. El objetivo es la “teoría constitucional universal”, con juristas sensibles al contexto, formados en la ciencia de la cultura, que trabajen con métodos universales y que, sobre la base de la independencia personal, se orienten, en última instancia, hacia la justicia y el bien común en los planos nacional, regional y universal. Muchas gracias.

SEMBLANZA DE PETER HÄBERLE

Peter Häberle nació en 1934 en Göppingen (Alemania). Estudió en las universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (Francia) y Freiburg. En 1961 se doctoró en la Universidad de Freiburg, con una tesis sobre la garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana. Esta tesis se publicaría posteriormente (*Die Wesesgehaltgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz*), siendo hoy una obra clásica, parcialmente traducida al italiano y al español. En 1969 fue habilitado como catedrático en la Universidad de Freiburg y nombrado catedrático de derecho público en la Universidad de Marburgo. Ocupó posteriormente diversas cátedras en otras universidades, y desde 1981 la de derecho público en la Universidad de Bayreuth (que compatibiliza con la Universidad de St. Gallen en Suiza). En 1994 fue investido doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Tesalónica en Grecia. En 1995 se publicó en Suiza un libro-homenaje a Häberle (*Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*), que recogió las contribuciones de algunos de sus discípulos y amigos (entre ellos su maestro, Konrad Hesse y Pedro Cruz Villalón), en coloquio cebrado el año anterior, con motivo de su cumpleaños sesenta.

En 1996 fue condecorado por el presidente de la República italiana. Profesor visitante en diversas universidades (entre otras, la de Granada), y conferenciante en múltiples países; su obra ha tenido una difusión universal, desde Latinoamérica hasta África del Sur, pasando por Asia. Resulta imposible hacer aquí una referencia sumamente extensa de sus trabajos. Uno de los problemas para ello es que no habría que citar sólo las obras de Peter Häberle, sino también las obras sobre Peter Häberle,

además de las múltiples traducciones a idiomas tan diversos como el griego, el polaco, el japonés o el coreano. Es editor del *Anuario de Derecho Público*, asesor de algunas reformas constitucionales de Polonia y Estonia. Esta influencia tan extendida, junto con la riqueza y profundidad de su pensamiento, convierten a Häberle en digno sucesor de los grandes autores alemanes del periodo de entreguerras.

Actualmente es director del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica Europea de la Universidad de Bayreuth, profesor de este centro, así como de la Facultad de Derecho de St. Gallen (Suiza).

COLOFÓN

UNA RETROSPECTIVA CIENTÍFICA*

Peter HÄBERLE

Esta retrospectiva científica surge a partir de la propuesta de una nueva revista latinoamericana. De todas formas, el autor no quisiera escribir una “autobiografía” del estilo habitual, tal como lo ha hecho durante décadas en su calidad de editor del *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* para otros autores. Por cierto, se filtran en todos los trabajos científicos elementos autobiográficos, en especial si se trata de un autor de edad avanzada. Algunas cuestiones ya se expresaron en las “Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen” (“Cartas pedagógicas a un joven constitucionalista”, 2010, dos ediciones posteriores en lengua española). Lo mismo vale para la colección de entrevistas a este autor, que muy amablemente publicó el colega D. Valadés (*Conversaciones académicas con Peter Häberle*, 2006). Asimismo, ha sido productivo el escrito a cargo de D. Valadés: “Peter Häberle: autorretrato de un jurista universal a los ochenta años de edad”, *Memoria del Colegio Nacional*, 2014, pp. 311-325. También el intento que sigue es solamente un mosaico en una larga vida dedicada a la investigación.

La primera palabra es un agradecimiento a los maestros y mentores del autor, que lamentablemente ya han fallecido: a K. Hesse y H. Ehmke, y a G. Dürig y J. Esser. En el transcurso de los años, el autor debe lo fundamental a estas grandes persona-

* La traducción fue realizada por Irene Weinmann de Knoop, traductora pública del alemán (Universidad de Buenos Aires), y la licenciada Sylvia Lenz, docente en la Facultad de Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires).

lidades, o mejor dicho, a sus conocimientos, a raíz de los cuales hoy han alcanzado el estatus de “clásicos”.

I. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL ARTÍCULO 19, INCISO 2 DE LA GG¹

La tesis de Friburgo —cuya primera edición data de 1962 y la tercera de 1983, que en la actualidad está traducida a varias lenguas— puede caracterizarse de la siguiente manera a partir de sus postulados principales: la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales (la dimensión subjetiva y de derechos individuales y la dimensión objetiva e institucional), la idea de la “función social” de los derechos fundamentales, así como la irrenunciable configuración ajustada a un modelo ideal de *todos* los derechos fundamentales realizada por el jurista democrático. La así llamada teoría del contenido esencial absoluta (“nodal”) y la relativa (principio de proporcionalidad) se conectan entre sí. Entre tanto, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ha hecho carrera casi a nivel mundial: como “garantía de contenidos nodales” en Suiza, como garantía de la “sustancia” en muchas Constituciones más antiguas y más nuevas; por ejemplo, en Europa del este, en Serbia (2006) y, por último, en Túnez (2014). También la jurisprudencia se preocupa en muchos países por la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional de Austria, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Este primer libro del autor (1962) ha sacado provecho de esto. También hay que recordar la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Carta magna europea (2000), artículo 52, inciso 1.

1 “Grundgesetz”: Constitución alemana.

II. EL INTERÉS PÚBLICO COMO PROBLEMA JURÍDICO

La disertación² de Friburgo de 1970 (2a. ed., 2006, 3a. ed., en formato de *e-book*, 2015) debería ser en primera instancia un tema de comprensión práctica. Con numerosos análisis de legislaciones y jurisprudencias, el autor intenta acercarse al viejo concepto del bien común, más precisamente del interés público. De esta manera, se elabora una tipología del bien común que indaga en qué contexto aparece el topos “interés público” en muchas leyes (por ejemplo, como circunstancia de competencia o como circunstancia excepcional). Lo mismo vale para el análisis pormenorizado de la “jurisprudencia del bien común” en muchos tribunales. Se propone la siguiente tesis: *salus publica e processu* (logro del bien común a partir de un proceso pluralista), lo cual últimamente ha sido adoptado con frecuencia. Trasfondo de esto es la teoría del bien común pluralista de autores como E. Fraenkel, un clásico. Se trata de una “analogía del bien común”, así como del interés público como topos pretoriano utilizado de manera “libre” en la jurisprudencia. Aquí ya se vislumbra una teoría de lo público, que se refiere en especial a la administración pública (puesta en práctica, en parte, en las nuevas leyes sobre la libertad de información): la administración se vuelve pública.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO PRESTACIONAL

Esta colaboración para la jornada sobre teoría del derecho público en Ratisbona en 1971, publicada en 1972, fue en su momento un riesgo. Correspondientemente controversial fue la muy fructífera discusión que puede leerse en VVDStRL³ 30 (1972, p. 43

² En el original “Habilitationsschrift”: disertación escrita con la que se obtienen los méritos académicos para acceder a una cátedra en la universidad.

³ “Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”: publicaciones de la asociación de profesores de derecho público alemanes.

y ss). Innovaciones significativas para aquellos tiempos son las siguientes: *todos* los derechos fundamentales son derechos fundamentales sociales en sentido amplio; los derechos fundamentales deben mostrar su eficacia, no sólo ser resguardados. Se trata de las condiciones reales para el uso de los derechos fundamentales, una realización óptima de los derechos fundamentales. De gran ayuda resulta la novedosa noción de “política de los derechos fundamentales”. La teoría del estatus de G. Jellinek se debe poner “patas arriba”, es decir que se debe comenzar por el *status activus* del ciudadano. En el Estado prestacional se lo debe complementar con el *status activus processualis*. Esta idea de los derechos fundamentales como proceso se ha extendido en diversos escritos y hasta en el BVerfG⁴ (*cf.* con el voto en disidencia de Simon y la propia jurisprudencia del BVerfG). La teoría de la protección de los derechos fundamentales a través de la organización y los procedimientos es hoy en día un aspecto fundamental para una interpretación *multidimensional* de los derechos fundamentales también fuera de Alemania. En ese entonces, resultó novedosa además la teoría de los “deberes relativos a los derechos fundamentales” a cargo del Estado y de la “salvedad de lo posible” en lo que refiere a los derechos fundamentales prestacionales. El BVerfG desarrolló más tarde, paralelamente, la dogmática de los deberes de protección del Estado en relación con los derechos fundamentales. K. Hesse sostiene todo esto como un desarrollo clásico en *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. edición, 1995. En la actualidad, resulta prácticamente imposible abarcar la cantidad de literatura alemana sobre derechos fundamentales (precisamente Michael, L. y Morlok, M., *Grundrechte*, 5a. ed., 2015. La tesis temprana del autor acerca de Alemania como “Estado de derechos fundamentales” ya no es utópica. Gran parte de la buena dogmática y retórica de los derechos fundamentales también se ha introducido en la jurisper-

⁴ “Bundesverfassungsgericht”: Tribunal Constitucional alemán.

dencia de los dos tribunales constitucionales europeos; es decir, el EuGH⁵ de Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. La tesis posterior del autor acerca de la democracia como consecuencia organizativa de la dignidad humana (1987) ya se menciona aquí.

IV. “LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES”

El siguiente paso fue y es la idea de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales (*Juristen Zeitung*, 1975, pp. 297 y ss.). También esta teoría fue discutida, en parte de manera controvertida, hasta el día de hoy, pero tuvo mucha resonancia, especialmente en Brasil, gracias al profesor G. Mendes. En síntesis: quién vive la norma, la (co)interpreta. No sólo los propios juristas, sino todos los ciudadanos de una comunidad política participan en los procesos de interpretación. Este enfoque se sustenta desde lo filosófico en la filosofía del “espíritu abierto” de Popper, mientras que desde la historia de la cultura serían relevantes las ideas del protestantismo: las palabras del reformador M. Luther acerca del “sacerdocio de todos los creyentes”. El autor tomó conciencia de esto con posterioridad. Desde la carta de lectores hasta la presentación de un recurso de amparo constitucional ante el BVerfG, el ciudadano alemán se encuentra involucrado en los procesos pluralistas de las interpretaciones de los derechos fundamentales. Más tarde, esta teoría pudo ampliarse a la Europa del Consejo de Europa, en especial de la EMRK.⁶ En la actualidad incluso resulta relevante para el derecho internacional público: en la medida en que los tribunales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los Tribunales de las Naciones Unidas y la Corte Inter-

⁵ “Europäischer Gerichtshof”: Tribunal Europeo.

⁶ “Europäische Menschenrechtskonvention”: Convención Europea de Derechos Humanos.

nacional de Justicia avanzan a nivel mundial, y se establecen como “tribunales constitucionales”, en esa medida, se involucran actores como las organizaciones no gubernamentales (ONG) o reconocidos maestros del derecho internacional público en la interpretación de los principios del derecho público internacional, con carácter de Constituciones parciales. Pero la autodisciplina metódica de los jueces del derecho público no se abandona con esto, más bien se plantea el interrogante acerca de los “actores” reales de las comunidades jurídicas.

V. LA CONSTITUCIÓN COMO PROCESO PÚBLICO

Este título del libro de 1978 (3a. edición, 1998), sólo pudo escribirse gracias al sustento teórico de las “Arbeiten zum Öffentlichen” de R. Smend y J. Habermas. En el marco de la “tríada republicana de las esferas” se distingue entre la esfera de lo estatal (por ejemplo, el Parlamento), lo público (por ejemplo, los grupos pluralistas en la sociedad) y lo privado (en especial la protección de la privacidad, como en el caso de la protección de datos). Las tres esferas se encuentran en interacción recíproca. Puede pensarse en el aspecto público de la libertad de religión (procesiones de las Iglesias) o de la libertad de manifestación (por ejemplo, manifestaciones sin represión en la vía pública). El aseguramiento de zonas de protección privadas en vista de los nuevos medios es una tarea actual de la política de los derechos fundamentales (palabra clave: Carta de los Derechos Fundamentales digital, protección de datos digitales).

La palabra clave referida a la Constitución como proceso público (ya esbozada en 1969 por el autor) es una contribución a la comprensión de la Constitución. No es solamente el orden jurídico fundamental del Estado (W. Kāgi), sino también estímulo y barrera (R. Smend), así como norma y tarea (U. Scheuner) y, finalmente, también un proceso público. Con exactitud se expresa esto en los casos de la jurisprudencia alternativa del BVerfG, cuando un voto en disidencia constitucional temprano se torna al

cabo de muchos años en mayoría constitucional, como sucedió muchas veces en el BVerfG alemán y tempranamente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por eso es tan importante la posibilidad de votos en disidencia constitucionales, tal como es utilizada en algunos Estados constitucionales latinoamericanos; por ejemplo, en Brasil y en Perú. Esta interpretación de los votos en disidencia es parte del gran tema “Tiempo y Constitución” (1974).

La reflexión sobre lo público se refleja también en la idea de la *res publica* en el sentido de Cicerón: *res publica—salus publica*. Esto también está presente en el concepto “libertad pública” vigente en España y Francia. Con vistas al futuro europeo, hasta podría arriesgarse la idea de *res publica europea*, siempre y cuando la UE encuentre la salida a la actual crisis: como una Europa solidaria y social. La dimensión del Estado social de la UE, en ocasiones, lamentablemente, fue descuidada por las duras medidas de ahorro, especialmente de parte de Alemania hacia otros países, como Grecia y Portugal.

VI. EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECLESIAÍSTICO

En 1976, el autor se anima a cuestionar en una revista (“Deutsche Öffentliche Verwaltung”, 1976, pp. 73 y ss.) el concepto muy alemán de “derecho eclesiástico estatal”. Y se impuso, a pesar de que el artículo 137, inciso 1, de la Constitución de Weimar en conexión con el artículo 140 de la GG dice expresamente: “no hay una Iglesia estatal”. En mi opinión, también se deduce de esto que no existe un derecho eclesiástico estatal. El nuevo concepto de derecho constitucional eclesiástico, de 1976, también debe ser valorado en el contexto de una realidad social en Alemania, donde el islam cada vez tiene mayor peso. Sin embargo, éste tampoco se concibe a sí mismo como una “Iglesia”. Esto es válido especialmente para Francia, donde el islam ya es la segunda religión después de la Iglesia católica. Justamente, en el contexto comu-

nitario europeo en el que las iglesias y las distintas comunidades religiosas se encuentran separadas en principio, y donde en todo caso se prevén puntualmente formas cooperativas (¡concordatos!), resulta adecuado el viejo concepto de derecho constitucional eclesiástico.

En este contexto también se inserta el tema de los principios constitucionales como metas educativas (1981). Las Constituciones más nuevas entienden a los derechos humanos de manera explícita como metas educativas (¿viejas la Constitución de Perú y la Constitución de Guatemala?). En Alemania son las Constituciones de los *Länder* las que norman un canon de metas educativas; por ejemplo, con relación a la dignidad humana del otro, con respecto a la conciencia democrática y también al respeto por el medio ambiente y la naturaleza. Aparece aquí la “interpretación constitucional pedagógica” como parte de la cultura de los derechos fundamentales. Todo esto se corresponde con una “cultura de la libertad” (1991).

VII. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LAS CIENCIAS CULTURALES

En 1982, el autor desarrolló su enfoque desde las ciencias culturales a partir de esta palabra clave. Para ello pudo apoyarse en H. Heller (*Staatslehre als Kulturwissenschaft*, 1934). En su segunda edición, este libro presentó una considerable ampliación (1998). Otro escalón en el avance científico lo representa el volumen *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur; Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre* (2013). No se trata solamente de la Constitución y la cultura, sino de la interpretación de la Constitución “como cultura”. La cultura es el *primer* elemento del Estado de un total de cuatro elementos del Estado en total (población de un Estado, territorio estatal y poder estatal). Además, se distingue entre la cultura superior (de lo verdadero, bueno y bello), la cultura popular (por ejemplo, tradiciones de los

pueblos) y la subcultura (culturas alternativas, como los Beatles). De acuerdo con el concepto de cultura pluralista, estos campos se encuentran en una interrelación variable, como muestra justamente el ejemplo de los Beatles, cuya *partitura* hoy en día se concibe casi como las partituras clásicas de J. S. Bach. También, el respeto cultural ante los “espíritus arbóreos” de los pueblos indígenas pertenece a esta categoría. La idea de concebir a la Constitución como cultura provocó muchas controversias. Pero justo en América Latina ha tenido una respuesta positiva. Esto se demuestra en las decisiones de los altos tribunales de Argentina y Colombia. En Alemania se tomaron décadas más tarde las ideas de 1982 (sobre esto véase Voßkuhle, A. y Wischmeyer, T., “Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag”, *JöR* 63, 2015, pp. 401 y ss.; recientemente, Krüper, J., “Konjunktur kulturwissenschaftlicher Forschung in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht”, en Funke, A. *et al.* (eds.), *Konjunktoren in der öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung*, 2015, pp. 125 y ss.).

Siendo el libro de 1982 en algún sentido la parte general de la teoría, fue en los años posteriores en los que el autor se dedicó con plena conciencia a “partes especiales”; es decir, campos de aplicación específicos de la interpretación desde las ciencias culturales. Se habla de una “tetralogía”: garantías de los feriados (1987), himnos nacionales como marcas de identidad culturales de los Estados constitucionales (1a. ed., 2007; 2a. ed., 2013), banderas nacionales (2008) y la cultura de la conmemoración (2011) son manifestaciones de una comprensión de la Constitución como cultura. Un atajo busca la pequeña monografía *Der Sonntag als Verfassungsprinzip* (1a. ed., 1988; 2a. ed., 2006), cuyas ideas también fueron recogidas por el BVerfG.

El autor se pregunta ¿por qué es justamente *América Latina* la que está tan interesada en la interpretación desde las ciencias culturales de 1982/1998/2013?; esto no sólo se muestra en la amable invitación de hoy del profesor Bolonhas. Los jóvenes Estados constitucionales en América Latina luchan por su cultura, deben reconocer a los pueblos indígenas como “primeras nacio-

nes” (como actualmente en Canadá). Gracias a su rica diversidad idiomática y su unidad en el origen romano, más precisamente románico, son especialmente sensibles a lo cultural. Además, a través de su autoconciencia y su identidad, pueden lograr cierto distanciamiento del predominio de lo anglosajón representado por los Estados Unidos.

La interpretación desde las ciencias culturales es aún más importante al vivir en un mundo globalizado. Aquí se precisa aún más de la reflexión acerca de las identidades culturales de los pueblos, los aspectos urbanos y los paisajes culturales, ya que de lo contrario se alcanzaría un aburrido igualitarismo. En especial, la cada vez más extensa mercantilización de casi todos los ámbitos de la vida hasta alcanzar a las universidades alemanas exige la pregunta por la creación de una unidad a partir de la cultura y la fundamentación de las sociedades abiertas. Esto sólo es posible de lograr desde la cultura. Especialmente, los preámbulos de las Constituciones son un objeto idóneo para la apertura de la capacidad normativa gracias a la interpretación desde las ciencias culturales. En este aspecto son comparables a los prólogos en la literatura y a las oberturas en la música. Ellos procesan la historia y el presente, y desarrollan el futuro en forma de pequeñas utopías, como lo fue en su momento la reunificación de Alemania o como lo es hoy la justicia social. Redactadas en un lenguaje cercano al pueblo y festivo, muchas veces se convierten en un “acontecimiento textual”. Esto lo demuestran los logrados preámbulos, desde el GG alemán hasta la nueva Constitución de Polonia, desde la Constitución de Portugal hasta la de Brasil. El estudio “Klassikertexte im Verfassungslieben” (1981) no está alejado de esto. Clásicos como Locke, Montesquieu y Kant son texto constitucional en sentido amplio. Leemos muchas Constituciones “con sus ojos”. También mi tesis de la imprescindible “ración de utopía” en las Constituciones debe ser mencionada aquí. Ejemplos de esto fueron en su momento la reunificación de Alemania como misión, plasmada en la GG de 1949 y realizada en 1989/90, o la cláusula del Estado social con el imperativo de la “justicia social”.

VIII. LA INTERPRETACIÓN CIENTÍFICA CONTEXTUAL

La misma fue propuesta en 1979 y profundizada en 2001 en el “Handbuch des Schweizerischen Verfassungsrechts”. Ninguna Constitución sin contextos culturales, ninguna interpretación constitucional sin la explicación a partir de una “profundización del pensamiento”. Se trata de la interpretación a partir del contexto. Esto sólo se logra después de un arduo trabajo con los textos. ¡Ningún texto sin contexto! En Alemania, este enfoque ha tenido trascendencia, muchas veces hasta fue tomado sin establecer referencias.

IX. EL DERECHO COMPARADO COMO QUINTO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Si se parte de los cuatro métodos de interpretación enunciados por F. C. v. Savigny en 1840, es posible entronizar hoy en día al derecho comparado como el “quinto” (*Juristen Zeitung*, 1989). Esta idea fue recogida con rapidez, por ejemplo, por la Corte Suprema de Liechtenstein... Principalmente en Alemania dio lugar a una discusión que continúa vigente hoy en día. La mayoría de los jueces en la Suprema Corte de los Estados Unidos aún rechazan la comparación de las Constituciones, mientras que muchos tribunales constitucionales en Europa se preocupan por lograr una visión más comparativa. Esto se puede comprobar especialmente en los votos en disidencia constitucionales, ya que deben luchar por una mayor legitimación. También el BVerfG se preocupa —por supuesto aún de manera reservada— por la aplicación de la comparación de las Constituciones. En la Europa de la UE como “comunidad constitucional” esto es especialmente urgente y fructífero. El principio de la proporcionalidad, por ejemplo, ha iniciado una marcha triunfal casi a nivel mundial —partiendo de Alemania—. Se trata de procesos

de acogida generales y específicos. Así se tornó exitosa también fuera de Europa la idea de pluralismo en el derecho de los medios de comunicación a partir de la jurisprudencia del BVerfG.

X. EL PARADIGMA DE LOS NIVELES DE TEXTO

En este contexto se inscribe el *paradigma de los niveles de texto*, propuesto por el autor por primera vez en 1989 (FS Partsch, 1989, pp. 555 y ss.). El mismo refiere a lo siguiente: el modelo del Estado constitucional se desarrolla a nivel nacional, regional y universal a través de una reescritura de textos constitucionales, que se van enriqueciendo con aportes de la ciencia, la praxis y la literatura. Lo que hoy en día todavía es un simple texto constitucional en un Estado constitucional, puede devenir mañana en un Estado constitucional vecino en nuevos textos, gracias a la jurisprudencia y a la *realidad* constitucional (“Actualización” como en Suiza: 1999). Esto también vale hacia el interior de un Estado federal. En este sentido, las Constituciones de Alemania del Este trasladaron a textos después de 1989 lo que el BVerfG había juzgado previamente, por ejemplo, en lo relativo al pluralismo en el derecho de los medios de comunicación. Especialmente, los artículos referentes a los partidos políticos son interpretados en Europa como proceso de producción y recepción en el sentido del paradigma de los niveles de texto (al respecto véase Morlock, M. en Blankenagel, A. *et al.* (eds.), *Den Verfassungsstaat nachdenken*, 2014, pp. 135 y ss.).

XI. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO A PARTIR DE LA CULTURA Y COMO CULTURA

La anteúltima etapa de las preocupaciones científicas del autor se presenta en el libro de 2013, ya mencionado en el título. La idea de un Estado constitucional cooperativo fue elaborada en

1978 (Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 68-77); las variadas formas de cooperación que en la actualidad se pueden comprobar a nivel regional y universal fueron conceptualizadas allí. Todo esto ocurrió a la luz del enfoque basado en las ciencias culturales y fue probado a través de nuevos textos constitucionales. A esto se sumó la mirada universal. Sin embargo, sólo se le señaló como “estudio preliminar”. La próxima generación deberá elaborar la cuestión de cómo se interrelacionan el derecho público internacional y el derecho constitucional nacional. Por un lado, el derecho público internacional se constituye en muchas nuevas Constituciones, especialmente en Suiza, de manera expresa en el valor fundamental del Estado constitucional. Por otro lado, el derecho internacional público cada vez incorpora más fuertemente al derecho constitucional de los Estados nacionales a través de sus Constituciones parciales, como la Carta Magna de las Naciones Unidas y los textos universales sobre derechos humanos. Se habla de las Constituciones parciales porque se trata de altos valores que se encuentran preestablecidos. Las acciones recíprocas son evidentes: se habla, por ejemplo, del “Estado de derecho en el derecho internacional público” (M. Kotzur). El autor se esfuerza por demostrar cuán intensiva y extensivamente ganan terreno los tribunales internacionales, de manera que ya pueden ser referidos como tribunales constitucionales (parciales). Además, también está cobrando importancia a nivel nacional y universal el derecho procesal constitucional. La tesis del autor (1976) acerca del derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado (especialmente vital en Perú y Brasil) corresponde aquí (palabra clave: *amicus curiae*, audiencias públicas). También el derecho procesal de los tribunales internacionales puede ser activado (en especial el BVerfG alemán, gracias al recurso de amparo es un “tribunal ciudadano”, lo mismo vale para el “hábeas corpus” en los tribunales constitucionales latinoamericanos).

XII. TEORÍA CONSTITUCIONAL EUROPEA

En 2001/2002, justo antes de su nombramiento como profesor emérito en Bayreuth, el autor se anima a proponer una “Teoría constitucional europea”, que no existía de esa manera ni en su forma ni en su contenido. Mientras tanto, ya ha alcanzado su séptima edición (2011), y actualmente será ampliada y actualizada en una octava edición en un trabajo conjunto con mi alumno M. Kotzur. El tema es sumamente actual a raíz de las numerosas crisis en la Europa de la Unión Europea. En la actualidad, el egoísmo de los Estados nacionales regresa de manera explícita. Comprender a Europa como una comunidad pacífica y jurídica es más urgente que nunca. En la crisis griega tuvo demasiado protagonismo la Europa económica. Los estudios sobre Europa deben concentrarse más aún en el *humus cultural* de esta Europa. Se trata de una Europa de la diversidad cultural y progresiva unidad. Es necesario distinguir entre la Europa como concepto *geográfico* (¿comprendiendo también a Turquía y a Rusia?), Europa como diversidad y unidad *cultural* y la Europa del *derecho constitucional*: justamente la teoría constitucional europea. Estos tres conceptos se encuentran relacionados, pero se los debe diferenciar. Hasta el momento se encuentra intacta la Europa en sentido amplio, es decir la Europa del Consejo Europeo y de la Convención Europea de los Derechos Humanos (1950). La Europa en un sentido más acotado de la Unión Europea se encuentra en este sentido en una crisis, de la cual ojalá salga fortalecida: a través de la nueva reflexión acerca de la solidaridad europea y la Europa social y cultural. La gran narrativa es Europa como comunidad pacífica y jurídica. Por más limitadas que sean las posibilidades de la ciencia con relación a los acontecimientos y los poderes geopolíticos (como ejemplos en los que se viola el derecho internacional público, piénsese en la anexión de Crimea por Rusia y en el conflicto en Siria), el jurista europeo debe continuar sosteniendo con convicción la meta de la unidad europea.

También en otros lugares del mundo quedan pendientes procesos de unificación análogos: piénsese en América Latina y en las regiones del Pacífico. El autor desearía tanto que las florecientes comunidades científicas nacionales y los tribunales superiores en América Latina hagan lo necesario para unificar sus regiones: con los instrumentos del Estado de derecho democrático, del Estado social, del Estado medioambiental y de la reflexión acerca de una cultura en común.

COMENTARIO FINAL

Esta retrospectiva académica, quizá demasiado breve, sólo puede ser muy fragmentaria. Faltan palabras claves; por ejemplo, el concepto de “derecho constitucional europeo común” (1991), la teoría del pensamiento de lo posible (1978), acompañando al pensamiento de lo real y lo necesario, o la monografía “Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat” (1981), así como “Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat” (1995). Las innovaciones científicas del autor se debieron desde mediados de los años ochenta, especialmente a sus contactos con el exterior. Sin los veinte años de continua actividad como docente invitado de filosofía del derecho en St. Gallen (1981 hasta 1999), sin las regulares invitaciones en Roma (1987 hasta hoy, gracias a A. Cervati, P. Ridola, A. D’Atena y F. Lanchester), sin los contactos vitales con la nueva escuela de derecho constitucional de Granada (bajo la dirección del profesor F. Balaguer) y sin las amistades académicas con los colegas latinoamericanos, como el profesor G. Mendes, profesor I. Sarlet, profesor R. G. Ferrer, profesor E. R. Zaffaroni, profesor D. Belaunde, así como los profesores C. Landa y D. Valadés, el *work in progress* del autor no sería lo que es hoy. Así como las ciencias del derecho constitucional son la tarea más bella de un pedagogo (en espe-

cial en el seminario, en la tradición de R. Smend y K. Hesse) que continúa en la búsqueda de la verdad, la amistad científica es el bien máspreciado para nosotros, los mortales, en la vejez. Por esto mi agradecimiento debe ser la última palabra: también en este lugar y en este momento.

Conversaciones académicas con Peter Häberle, segunda edición, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 27 de enero de 2017 en los talleres de Arte Gráfico y Sonoro, Agys Alevin, S. C., Retorno de Amores 14-102, colonia Del Valle, delegación Benito Juárez, 03100 Ciudad de México, tel. 5523 1151. Se utilizó tipo *Times New Roman* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 200 ejemplares (impresión digital).