

## CAPÍTULO SEXTO. NECESIDADES DE REFORMA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE LA ETAPA EVOLUTIVA ACTUAL

### I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA PERSPECTIVA DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA. MÉTODOS DE SU COMPRENSIÓN CIENTÍFICA, CARACTERIZACIÓN DE SUS CONTENIDOS ESENCIALES

#### 1. *Métodos de comprensión científica: procesos mundiales de producción y recepción desde hace siglos, enfoque culturalista y empírico, textos clásicos, el paradigma de las etapas textuales, comparación jurídica “en clave cosmopolita”*

La *capacidad* y la *necesidad* de desarrollo del Estado constitucional como tipo forma parte del credo de este trabajo, con lo cual no puede arriesgarse más que a un mínimo de indispensable optimismo científico. No podemos conocer el “sentido” de la historia (constitucional), pero sí quizá trabajar en el sentido de la técnica incremental de Popper, de modo que el Estado constitucional, que habrá de ser caracterizado con mayor detalle más adelante en sus contenidos y procedimientos específicos, sea entendido como “*res publica semper reformanda*” y siga desarrollándose como objetivo y foro de los “eternos” esfuerzos humanos en materia de dignidad humana, libertad y justicia social.

¿Cuáles son los métodos con los que se puede captar la evolución del Estado constitucional hasta la fecha? Los textos constitucionales, una vez que se encuentran en el mundo, en su caso incluso “sólo” como proyectos, desenvuelven en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales un potencial difícilmente predecible, sobre todo si ya el pluralismo de los métodos jurídicos de la interpretación conduce a dejar abierta la cuestión del modo como deben combinarse en el caso particular los cuatro métodos clásicos de la interpretación (desde F. C. von Savigny), que en mi opinión son cinco, si agregamos la comparación jurídica.<sup>480</sup> Sin embargo, los textos constitu-

<sup>480</sup> De la bibliografía, por último, Kramer, E. A., *Juristische Methodenlehre*, 1998.

cionales, también en su intercambio a escala mundial hoy, pero también ya desde 1787 y 1789, son los “portadores” de las diversas partes integrantes del tipo del Estado constitucional. El “paradigma de las etapas textuales” puede y quiere demostrar que a través de los diversos procesos de recepción de textos constitucionales se transporta también, de manera indirecta, una *realidad* constitucional, porque, por ejemplo, una Constitución totalmente revisada convierte más tarde en texto y en conceptos aquello que se ha hecho realidad como práctica en otros Estados constitucionales (también gracias a la jurisprudencia y la doctrina). Es posible encontrar fácilmente ejemplos prácticos de esto en los textos normativos sobre los derechos fundamentales, los partidos políticos, el federalismo y el regionalismo.<sup>481</sup>

En rechazo al difundido “eurocentrismo”: el Estado constitucional es en la actualidad una obra comunitaria de muchos tiempos y espacios —aunque históricamente haya sido un proyecto europeo-atlántico— por lo que hay que incluir en la comparación jurídica, de entrada y “en clave cosmopolita”, a los países en desarrollo y los micro Estados. Tenemos que plantearnos la pregunta de si, y de qué modo, estos países pueden hacer contribuciones propias al tipo del Estado constitucional, y lo mismo resulta válido para los Estados reformados de Europa oriental. Así, por ejemplo, Madagascar (1992/1995) y Etiopía (1994) han convertido en texto constitucional el nuevo postulado de la “transparencia” de la vida política, pues el principio clásico de la publicidad ya no es suficiente. Así también se practica en los micro Estados, o en las ciudades-Estado en sistemas federales, la cercanía al ciudadano, la que puede resultar ejemplar para otros.<sup>482</sup> Sudáfrica se atrevió a enriquecer en su Constitución de 1996 el canon de la interpretación, del modo como lo había requerido anteriormente la doctrina (artículo 39, inciso 1, literal c): “*may consider foreign law*”). Así también Polonia en 1997, en materia de referencias a Dios, creó un compromiso en su preámbulo a la Constitución que debería hacer historia (constitucional) en la sociedad plural, mientras que la Constitución del Cantón de Berna (1993) ha esbozado un artículo ejemplar (artículo 54) en materia de cooperación y ayuda internacionales, del mismo modo como, en el artículo 28, suaviza el debate (alemán) en torno al “contenido esencial” de los derechos fundamentales, a través de momentos absolutos y relativos y se atreve a ofrecer un catálogo de

<sup>481</sup> Referencias en Häberle, P., “Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells”, *JZ*, 1992, pp. 1033 y ss.

<sup>482</sup> De la bibliografía sobre Liechtenstein, por último: Batliner, G., *Aktuelle Fragen des liechtensteinischen Verfassungsrechts*, 1998; sobre las ciudades-Estado, Häberle, P., “Die Zukunft der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen”, *JZ*, 1998, pp. 57 y ss.

ejemplos.<sup>483</sup> Estas “etapas textuales” animan a captar y promover las ideas jurídicas a partir de los materiales constitucionales de todo el mundo, por ejemplo, para fines de la asesoría constitucional práctica local en Europa oriental.

## 2. Caracterización de los contenidos esenciales (principios) del Estado constitucional

Pasando ahora de los métodos a los contenidos, aunque ambos se vinculan: el Estado constitucional se caracteriza por un conjunto —realizado— de principios que aquí mencionamos solamente a manera de términos clave, catálogo de principios que se encuentra abierto, a pesar de las llamadas “cláusulas de eternidad” en el sentido del artículo 79, inciso 3, LF, del mismo modo como la lista de temas del Estado constitucional en conjunto queda abierta hacia el futuro: así, la Constitución de Ucrania (1996) introdujo lo que hasta ahora es un singular artículo sobre Chernobil (artículo 16). De este modo también ha hecho carrera el tema de la “protección de las personas de edad y los discapacitados”, primero en el curso de los últimos años, también gracias a los textos de la ONU de 1989,<sup>484</sup> pero hoy a escala mundial; así empiezan a imponerse los derechos fundamentales de los niños (por ejemplo, artículo 28 de la Constitución de Sudáfrica, artículo 72 de la Constitución de Polonia).<sup>485</sup>

En Europa oriental se han creado, como resultado de las experiencias con el Estado totalitario del marxismo-leninismo, cláusulas contra las ideologías de Estado o sobre el pluralismo (por ejemplo, el artículo 11 de la Constitución de Bulgaria de 1991; artículo 1o., inciso 3, de la Constitución de Rumania de 1991; artículo 3o. de la Constitución de Croacia de 1991; artículo 9o. de la Constitución de Macedonia de 1991; artículo 13, incisos 1 y 2, de la Constitución de Rusia de 1993); también en los Estados africanos se encuentra un reconocimiento del pluralismo político (por ejemplo, preámbulo de la Constitución del Chad de 1996; artículos 2o. y 159 inciso c), de la Constitución de Angola de 1992).

---

<sup>483</sup> De la bibliografía: Müller, J. P., *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, 1982, pp. 141 y ss.; Häberle, P., *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, 2a. ed., 1972, pp. 39 y ss., 3a. ed., 1983, especialmente pp. 326 y ss.

<sup>484</sup> Al respecto Hailbronner, K., “Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekt”, en Graf Vitzthum, W. (ed), *Völkerrecht*, 1997, p. 181 (245).

<sup>485</sup> A petición del Consejo Nacional Suizo debe incluso en Suiza artículos sobre los derechos de los niños: *NZZ* del 20 de marzo de 1998.

Sin embargo, existe un inventario básico de principios constitucionales en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional, por decirlo así, un “programa constitucional obligatorio”, el cual comienza con la dignidad humana como premisa antropológico-cultural que conduce a la democracia como “consecuencia organizativa”. Sin embargo, la comparación jurídica impide sostener la separación, muy alemana, entre dignidad humana y democracia, y la reducción de ésta a la democracia representativa como la “verdadera” democracia. Los “derechos del pueblo” en Suiza son la satisfacción de la dignidad humana, y también son entendidos así. Si agregamos las manifestaciones de la dignidad humana en los distintos derechos humanos, hasta el derecho al desarrollo (en este contexto, también el derecho a la paz discutido en el derecho internacional, como derecho de la “tercera generación”), y también el aseguramiento a través de derechos fundamentales sociales y libertades culturales, junto con una rica filigrana de varias “dimensiones”, tendremos una “cultura de los derechos fundamentales” del Estado constitucional, la que naturalmente viven de manera bastante distinta los diversos Estados: Francia a partir de lo cultural, lo nacional-republicano (“libertades públicas”), Alemania en la actualidad más bien a partir de su autoimagen acentuadamente económica, pero en todo caso entendemos la “libertad alemana” como “libertad federativa”, tan fuertemente enraizada está entre nosotros la cultura del federalismo. La división de poderes es otro elemento estructural indispensable, para la cual deberíamos considerar que la división de poderes clásica (horizontal y vertical), referida al Estado, fuera complementada por la división social de poderes en sentido amplio (por ejemplo, entre las partes de la negociación laboral colectiva o entre los medios de comunicación).

La propensión de los seres humanos que ocupan cargos públicos al abuso de poder le plantea una y otra vez al Estado constitucional la tarea de encontrar mecanismos de división de poderes (ejemplo: tribunales de cuentas, *ombudsman* u *ombudswoman*, consejos para los medios; son ejemplares los artículos 183-187 de la Constitución del Chad de 1996).

La obligación abstracta a favor del bien común debe ser satisfecha, de manera concreta, bajo la figura del Estado social de derecho y del Estado de cultura. Esto último tiene por resultado numerosas variantes textuales, especialmente en las cláusulas sobre el patrimonio cultural en los países en desarrollo (artículos 60 y 61 de la Constitución de Guatemala de 1985), así como en Europa oriental (por ejemplo, preámbulo y artículo 6o. de la Constitución de Polonia de 1997, artículos 11, 54 inciso 4, de la Constitución de Ucrania de 1996), pero también en el derecho constitucional de la cultura, ricamente articulado, de las Constituciones cantonales suizas o de los cinco

nuevos *Länder* alemanes.<sup>486</sup> El Estado de derecho, que de entrada debe ser considerado como social, plantea otras tantas tareas estatales, a pesar de todas las controversias sobre la “reestructuración” del Estado social. Transfiere también el encargo constitucional a los “profetas del mercado”, para luchar por la economía social de mercado y pensar en los límites del mercado (la “mano visible” del derecho constitucional). También existe quizá en las tareas culturales de las entidades federativas y los municipios (palabra clave: privatización, *sponsoring* cultural).

Al inventario típico de las Constituciones del Estado constitucional pertenece hoy la apertura hacia regiones más amplias: en Europa, los así llamados artículos sobre Europa,<sup>487</sup> lo que tiene sus correspondencias en la península ibérica, así como en Sudamérica y África, cuando se habla expresamente, o por su sentido, de la unidad y la identidad iberoamericanas (*cf.* el artículo 7o., inciso 4, y el 15, inciso 3, de la Constitución de Portugal; el artículo 11, inciso 3, de la Constitución española), o de la unidad y la identidad africanas (por ejemplo, preámbulo y artículo 117 de la Constitución de Mali de 1992, artículo 122 de la Constitución de Níger de 1996, preámbulo de la Constitución de Senegal de 1992; artículos 146 y s. de la Constitución de Burkina Faso de 1991-1997). Aquí pertenece también la “imagen del mundo” propia de las Constituciones,<sup>488</sup> pues encuadran a sus pueblos en la comunidad universal, se adhieren a los derechos humanos universales y aseguran la ayuda al desarrollo y otras formas de la cooperación. El lugar del Estado nacional introvertido lo ocupa el “Estado constitucional cooperativo”. Se hacen visibles las tareas de la humanidad, la “imagen del ser humano” del Estado constitucional se convierte en la “humanidad” referida al mundo entero.<sup>489</sup> La cláusula de eternidad del Estado constitucional, cuya carrera comienza en el artículo 112 de la Constitución de Noruega de 1814, encuentra una cima en el artículo 79, inciso 3, de la LF, el cual se prolonga en varias interpretaciones doctrinales y que desde entonces ha encontrado sucesores en diversas Constituciones en todos los continentes (por ejemplo,

<sup>486</sup> Al respecto mi análisis en *JöR*, vol. 40, 1991-1992, pp. 291 y ss.; vol. 41, 1993, pp. 69 y ss.; vol. 43, 1995, pp. 355 y ss. De la bibliografía general: para Suiza en *JöR*, vol. 34, 1985, pp. 303 (320 y ss.); para Alemania oriental: v. Mangoldt, H., *Die Verfassungen der neuen Bundesländer*, 2a. ed., 1997.

<sup>487</sup> Véase al respecto mi panorama comparativo en *FS Everling*, 1995, pp. 355 y ss.

<sup>488</sup> Al respecto el ensayo “Das ‘Weltbild’ des Verfassungsstaates — eine Textstufenanalyse zur Menschheit als verfassungsstaatlichem Grundwert und ‘letztem’ Geltungsgrund des Völkerrechts”, *FS Kriele*, 1997, pp. 1277 y ss.

<sup>489</sup> Al respecto, en relación con la idea del “Estado constitucional cooperativo” (1978), con todas las referencias textuales, Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998, pp. 175 y ss.

artículo 159 de la Constitución de Angola; artículo 104 de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1991; artículo 64 de la Constitución de Camerún de 1996; artículo 157 de la Constitución de Ucrania de 1996), no son idénticos con el inventario mínimo aquí descrito. También y precisamente hay que pensar de manera nacional en este punto. Suiza no requiere semejante “cláusula de eternidad” escrita, pues su cultura constitucional se sostiene a sí misma y asegura “eternamente” sus elementos de identidad por sí mismos.<sup>490</sup> Francia solamente garantiza la “eternidad” de la República (artículo 89, inciso 5, de la Constitución de 1958), mientras que Portugal creó un catálogo bastante amplio (artículo 228 de la Constitución de 1976), la Ley Fundamental alemana incorpora elementos del federalismo en el artículo 79, inciso 3, mientras que ambos Estados ibéricos, por lo que se refiere a la división vertical de los poderes, solamente conocen a su “hermano menor”, el regionalismo, hacia el cual apenas se dirige ahora, de manera penosa, Gran Bretaña (“*devolution*” a Escocia y Gales, el estatuto de semiautonomía para Irlanda del Norte). Precisamente aquí se muestra que siempre hay que trabajar en dos planos: en el más abstracto del tipo del “Estado constitucional” y en el más concreto del ejemplo nacional, aunque ambos planos se interrelacionen en el largo plazo: el *ombudsman* de Escandinavia está en vías de convertirse en principio “normal” de las Constituciones del Estado constitucional (por ejemplo, Polonia 1997; véase también los artículos 156 a 158 de la Constitución de Togo de 1992: “Comisión Nacional de Derechos Humanos”). A esto hay que agregar el derecho constitucional no escrito, el que, como sucede en Suiza en relación con algunos derechos fundamentales, es configurado por la doctrina y la práctica, “inducidos” frecuentemente por textos constitucionales de países extranjeros.

## II. POLÍTICA CONSTITUCIONAL Y UTOPIÁS

### 1. *Política constitucional (“pensamiento de las posibilidades”)*

La política constitucional es la configuración consciente y el desarrollo progresivo de una Constitución que pertenece al tipo del “Estado constitucional”: formalmente, esto puede producirse o funcionar de diversas mane-

---

<sup>490</sup> De la bibliografía: Müller, J. P., “Materielle Schranken der Verfassungsrevision?”, *FS Haug*, 1986, pp. 81 y ss.; Häberle, P., “Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien”, *ibidem*, pp. 81 y ss.; Kirchhof, P., “Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten”, *HdBSiR*, vol. I, 1987, pp. 775 y ss.

ras: como “expedición” original de una Constitución (como en 1787 en los Estados Unidos y en 1791 en Francia), como “revisión total” de Constituciones existentes (como ha ocurrido desde los años sesenta hasta la actualidad en varios cantones suizos), como “revisión parcial” (como ha ocurrido, hasta 1999, 44 veces con la LF alemana, o 28 veces desde 1787 en los Estados Unidos a través de los “*amendments*”), pero también a través de las formas más “finas” de la interpretación constitucional creativa de la Constitución vigente, hasta llegar al audaz voto particular (por ejemplo, de la señora von Brünneck E 32, 129). Desde el punto de vista de su contenido, la política constitucional se dirige hacia el todo o a partes del conjunto de una Constitución, en lo cual se orienta por otros tipos, pero también configura variantes nacionales (en el Estado federal, de las entidades federativas): dependiendo de la cultura constitucional individual, desarrollada históricamente (por ejemplo, en Suiza como democracia semidirecta, en los nuevos *Länder* alemanes vía la recepción y desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia más recientes de Alemania occidental, o la incorporación de estándares europeos o mundiales).

Mientras que tanto las funciones estatales como el constituyente o el legislador ordinario que expide “leyes orgánicas”(ejemplo: España), pero también el órgano reformador de la Constitución, pueden “traerse” hoy sus “materiales”, modelos, ejemplos e inspiraciones de toda la historia constitucional (tiempo) y comparación (espacio) accesibles a ellos en materia de Estado constitucional, a fin de crear nuevas Constituciones (“proceso constituyente”) o reformar las existentes mediante algún procedimiento (“reforma constitucional”), y al hacerlo proceden de manera “política”, es decir, que deben buscar un compromiso con otros grupos plurales en las asambleas constituyentes, el participante que es científico tiene más libertad, pues sirve directamente a la justicia (de la Constitución) y labora al servicio inmediato de la búsqueda de la verdad, precisamente como científico. Ante sus ojos se presenta directamente el ideal de una “buena” Constitución, se mueve libremente en el “taller” de la historia y la comparación constitucionales, que son dos lados de la misma cosa, mientras que el constituyente político está expuesto a las diversas condiciones de la negociación, de la acción con todos los participantes, hasta llegar a un compromiso “malo”, pero inevitable. Estas vías y tareas distintas en materia de política constitucional, las directamente políticas y las primariamente científicas, tienen que ser distinguidas, aunque haya intersecciones: por ejemplo, cuando el constitucionalista debe dictaminar un proyecto concreto de Constitución,

como ha sucedido a partir de 1990 hasta nuestros días en Polonia,<sup>491</sup> o en Sudáfrica en 1996, con fuerte participación alemana,<sup>492</sup> o bien, como pudo observarse en el proceso de elaboración de la Constitución provincial de Kwazulu Natal en 1996. Suiza ofrece también ejemplos de ello. La tarea de la ciencia consiste en proponer una paleta de posibles soluciones o normaciones, o bien, comentar las que ya estén vaciadas en forma de textos, y en su caso mejorarlas mediante variantes textuales. Previamente tendrá que realizar “*política científica de reservas*”, es decir, elaborar con independencia un espectro de varias alternativas que puedan ser de utilidad para quien haga política constitucional “en razón de su oficio”, como por ejemplo, un órgano reformador de la Constitución. Un caso particular lo constituyen los proyectos científicos privados, que frecuentemente hay en Suiza, siguiendo una tradición clásica, más recientemente en el plano federal gracias a Kölz-Müller (1984), en Zürich gracias a T. Jaag. Se realizan sin encargo y pueden trabajar de manera “ideal”, laborando por propia iniciativa sin estar sujetos a instancias, cuerpos y procedimientos concretos, así como tampoco a los partidos políticos.

Así entendida, la política constitucional debe convertirse en tarea natural de la doctrina constitucional. Sobre todo, no debe ser excluida por estar demasiado “próxima a la política”, sino concebirse como parte integrante de la disciplina. Posee reglas manuales, y en caso afortunado, “reglas del arte”, que se han formado en las largas tradiciones del Estado constitucional y que son especialmente demandadas hoy, en la “era de la Constitución”, después de 1989, para lo cual es conveniente mucha humildad. Por bueno que fuera un constituyente, en Sudáfrica quizá no hubiera logrado el “milagro” de la Constitución de transición de 1993 y la definitiva de 1996 sin un Nelson Mandela y sin un F. de Klerk que le abrieran el camino. Inversamente, quizá se haya perdido en Polonia en 1989-1990 la “hora de la Constitución”, aunque había una personalidad carismática como la de L. Walesa (la Constitución se logró en 1997). Lo que el constitucionalista se imagina en materia del Estado constitucional más o menos desde la “mesa de discusión” no es necesariamente y *per se* adecuado para ser transformado de hecho en política constitucional práctica. Para ello se requieren las fuerzas políticas, una opinión pública dispuesta a aceptar, ciertas condiciones económicas y mucha buena voluntad. No obstante, el constitucionalista

<sup>491</sup> Documentación en *JöR*, vol. 43, 1995, pp. 184 y ss.

<sup>492</sup> Al respecto Karpen, U., “Südafrika auf dem Wege zu einer demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung”, *JöR*, vol. 44, 1996, pp. 609 y ss.

está llamado, en razón de su ciencia, a colaborar de acuerdo con sus (modestas) posibilidades.

## 2. *Utopías de todos los campos del arte*

Las “*tesis sobre la utopía*” de una teoría constitucional comparativa como ciencia jurídica de los textos y la cultura señalan:

A) Las utopías constituyen un género literario y una forma científica y artística indispensables con el fin de asegurarse a uno mismo, en parte como legitimación, en parte como crítica. Las utopías ofrecen a los seres humanos unas veces experiencias y otras esperanzas, pues están fundamentadas “*antropológicamente*”.

B) Puesto que la historia enseña que el Estado constitucional, en especial, se ha convertido en “conquista cultural” también gracias a las utopías, las “fantasías”, las visiones y “sueños” de sus clásicos, debe haber apertura en lo futuro para nuevas utopías o para las utopías clásicas transformadas como “catalizadores” o “fermentos”. Piénsese en el “*sueño*” de la integración racial en los EUA de Martin Luther King, que en mucho se ha vuelto realidad y que ha asumido una forma constitucional, tanto jurídica como culturalmente, gracias a un nuevo día festivo a partir de 1986. En tal medida, la tesis del agotamiento de las energías utópicas, de ser cierta, apuntaría a un síntoma de crisis que no puede dejar indiferente al Estado constitucional democrático.

C) Lo anterior no impide que la teoría constitucional evalúe conscientemente y distinga entre las utopías “*positivas*” y las “*negativas*” (por ejemplo, las “*historicistas*” o “*totalitarias*”). El ejemplo más bello de una “*utopía positiva*”, y hasta ahora solamente realizado de manera puntual, es el esbozo filosófico de I. Kant sobre “La paz perpetua” (1795), el de una utopía “*negativa*” es la de Orwell “1984” o el filme “*Fahrenheit 451*”.

D) La teoría constitucional debería distinguir entre la indispensable función crítica de las utopías y su función admonitoria, y no tener miedo de señalar por su nombre los peligros de las utopías clásicas y las recientes, por ejemplo, el marxismo-leninismo o el anarquismo, hoy los “*Estados de Dios*” cerrados del Islam (Irán, Afganistán).

E) Esta apreciación diferenciada de las utopías significa una corrección del pensamiento de Popper, en la medida en que su “*racionalismo crítico*”<sup>493</sup> requiere de complementación sustantiva por el método de la ciencia cultural. Las utopías pueden crear “*saber presuntivo*” de manera anticipatoria y

<sup>493</sup> Popper, K., *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, 1984.

creativa, el cual, realizado por la vía de la “reforma incremental”, enriquece los procesos de desarrollo del Estado constitucional. Incluso las utopías de una “sociedad cerrada”, como la de Platón o del marxismo, pueden mostrar efectos positivos en cuanto tipos contrarios al modelo del Estado constitucional. Esta apreciación diferenciadora, sin embargo, se apoya en Popper en cuanto cree, con él, en el “curso abierto de la historia” y en la posibilidad de que el individuo le confiera un sentido, y por ello se opone al marxismo o a los sistemas deterministas. Su fundamento es la “imagen moderadamente optimista del ser humano” y el “optimismo científico”, lo que debería caracterizar a la teoría de la Constitución en cuestiones particulares (por ejemplo, en los fines educativos o en el derecho penal resocializador), así como también en su conjunto.

F) La teoría constitucional y el tipo del “Estado constitucional” han de dar espacio al ser humano para un “*quantum* de utopía”, esto no solamente en forma de la ampliación y promoción de las libertades culturales (¡también de las religiones!), sino de una manera mucho más intensiva, por la cual los textos constitucionales normen esperanzas (por ejemplo, anteriormente la unidad de Alemania o ahora la de Irlanda) que sean al menos “deseos utópicos” concretos. El “principio esperanza” (E. Bloch), el “principio responsabilidad” (H. Jonas), por ejemplo, en la protección del ambiente, estimulan desarrollos constitucionales fructíferos, porque el ser humano necesita la esperanza como el aire que respira y la comunidad vive de una libertad responsable. En la medida en que las Constituciones se encuentren alejadas fundamentalmente de las utopías en su dimensión jurídica, y que por su naturaleza propia deban permanecerlo, en algunas de sus partes pueden ser “todavía” utopías —¡también el principio del Estado social era, en la época de H. Heller (1930), y después en 1949, con la LF, un pedazo de utopía!—.

G) El arte y los artistas se anticipan no pocas veces a aquello que más tarde la realidad política pone en el “orden del día”: piénsese en la “Guerra de las Galaxias” como película de los años setenta y como concepción (¿peligrosa?) de una política internacional de defensa en los años ochenta, o en la filosofía de la verdad del checo V. Havel con vistas al año de 1989.

H) En la medida en que tanto la teoría constitucional como la ciencia, en conjunto, deban “atender” al arte y los artistas, para ganar sensibilidad sobre los nuevos problemas, debe otorgarle en su marco un alto valor declarado a la utopía, pero ciertamente marcarle también sus límites, los cuales existen sobre todo donde la violencia y la falta de libertad se convierten en medios para lograr coercitivamente situaciones ideales que se han prometido “*para más adelante*”. El postulado de Popper de la “reforma incremental” sigue siendo una máxima de política constitucional. Bajo estas condiciones

pueden ser los textos *utópicos* textos *clásicos* y convertirse en textos *constitucionales* en “sentido amplio”.

I) Así vistas, las utopías son un pedazo de “patrimonio cultural” del Estado constitucional como tipo, incluso donde aquéllas se le han adelantado o donde han sido escritas en su contra: de ellas y en parte contra ellas obtiene dicho Estado sus perfiles, el cual es “provocado” en parte por ellas, en parte tiene que afirmarse ante ellas, por ejemplo, en su trato con otros Estados en el derecho internacional en sentido de la “paz perpetua” de Kant: como “Estado constitucional cooperativo”.

J) Las utopías pueden, e incluso deben, “desasosegar” a los seres humanos; y lo mismo es válido para el Estado constitucional. Pero también lo pueden “tranquilizar”: porque —y en la medida que— sean satisfechos por él y lo confirmen en su libertad de pensamiento. Téngase presente el mandato de la “dignidad humana”, alguna vez “utópico”, así como su centenaria historia cultural<sup>494</sup> y su actual *idealidad* y *realidad* en el Estado constitucional.

### III. CAMPOS EJEMPLARES DE LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL: TAREAS ACTUALES DE LA POLÍTICA DE REFORMA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

#### 1. *Reformas necesarias hoy, selección de un inventario*

Hay que distinguir entre dos especies de necesidades de reforma: entre aquellas cuyo referente primario es el Estado nacional y aquellas que superan a la forma de la comunidad política (nacional) y cuyo referente es mundial en última instancia. Ambos campos pueden estar articulados entre sí, pero hay que separarlos por lo pronto. Esto queda de manifiesto ya en las organizaciones e instituciones más o menos “informales”, pero que no son primariamente de carácter estatal, como “Amnesty International”, “Greenpeace” o “Robin Wood” o la organización internacional anticorrupción “Transparency International”. Todas ellas tienen puesta la mira en los déficits nacionales y mundiales o públicos. Su operación óptima en el foro de los Estados constitucionales se da como “sistemas de alerta temprana”, pero en conjunto son también indispensables, aunque también resulten dolorosas sus faltas a la verdad (así ocurrió con Greenpeace en relación con la

<sup>494</sup> Al respecto Häberle, P., “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HdbStR*, vol. I, 1987, pp. 815 y ss. (2a. ed., 1995).

plataforma petrolera “Brent Spar” en 1995). No siempre la opinión pública pluralista es suficientemente sensible para reconocer con oportunidad los focos de peligro (por ejemplo, las “acciones de ocupación” de viviendas en Berlín, cuyo trasfondo eran las especulaciones inmobiliarias), aquí se puede recurrir a la doctrina de la “desobediencia civil” (Thoreau), que incluso una reciente Constitución africana ha recibido textualmente (artículo 121, inciso 2, frase 2, de la Constitución de Mali de 1992).

#### A. *Reformas necesarias referidas al Estado constitucional nacional*

Hay que distinguir entre las cuestiones de reforma planteadas respecto al tipo del Estado constitucional, es decir, de manera general, y las particulares referidas a las distintas naciones.

- a) Quizá todas las naciones de ejemplo estén en cuestión, es decir, el tipo del Estado constitucional se ve desafiado en los siguientes temas:
- Reducción del desempleo masivo interior, cuyo trasfondo es el debate sobre la “correcta” delimitación entre Estado y economía (¿mercado contra el Estado, privatización? desregulación en vista de una “carga abrumadora” del Estado).
  - Reforma de los sistemas de seguridad social para la vejez (reestructuración de la seguridad social por la vía de un “tercer pilar”).
  - “Domesticación” del nuevo capitalismo (Gräfin Dönhoff).
  - Reducción del endeudamiento (especialmente urgente en Bélgica e Italia, pero también en Alemania, reducción necesaria ya en razón del contrato de las generaciones como garantía de la justicia entre ellas, pero también en virtud de los criterios de estabilidad del euro).
  - Reducción de las afectaciones al ambiente (depósito de basura nuclear, etcétera), el “desafío ecológico”.
  - Reducción de la burocracia del Estado (palabras clave: “Estado esbelto”, “*l'État modeste*”, “*new public management*”).
  - Lucha contra la delincuencia organizada (urgente no sólo en Italia y Rusia, sino también en Europa oriental, en Alemania la escucha de comunicaciones privadas (“*grosser Lauschangriff*”), abuso general en Internet —pornografía—).
  - Lucha contra la corrupción (Francia, Italia, Bélgica, también Alemania).
  - Sujeción pluralista de los medios de comunicación.

- Peligro para la libertad de los periodistas (en muchos países de Asia y África).
- Solución de los desafíos que plantean las nuevas tecnologías (palabra clave: tecnología genética, bioética, moderna “sociedad de la información”).
- Desafíos que plantea el fundamentalismo islámico, con diverso vigor en distintas naciones, pero en relación con la “sociedad multicultural”.
- Crisis de la democracia de partidos (más fuerte en Alemania; palabra clave: “aburrimiento de la política”, más débil en Suiza, gracias a la democracia semidirecta), brotes de la “democracia de la complacencia”.
- Reforzamiento jurídico y ético de la idea de los “deberes humanos” (“Declaración Universal de los Deberes Humanos”, por ejemplo, gracias al ex canciller federal alemán Helmut Schmidt)
- Movimientos migratorios (lo que afecta tanto el plano regional como el mundial).

Detrás de muchos de estos temas de la reforma es posible descubrir eventos y conflictos más generales: algunos campos problemáticos se deben a la muy lamentada decadencia de los valores y a los déficits de la educación: así podría exigirse en Alemania un nuevo debate sobre los valores fundamentales, incluso un nuevo “contrato social”. Otros permiten percibir, o al menos intuir, un conflicto, incluso lucha, de las generaciones (así, por ejemplo, la reestructuración de los sistemas de seguridad social, el depósito de basura nuclear).

- b) Solamente como “ejemplos” se ofrecen ahora algunos temas de reforma referidos primariamente a algunas naciones: Gran Bretaña debe buscar una división vertical de poderes más intensiva bajo la forma del regionalismo, aunque sea modesto. Italia está esperando desde hace tiempo una reforma constitucional; Bélgica ha logrado recientemente el paso al federalismo (Constitución de 1994). España lucha con una nueva formulación de su regionalismo. A pesar de que ha caracterizado ingeniosamente a las minorías como “factores formadores del Estado” (1989), Hungría tiene que trabajar más en la práctica (mediante la construcción de puentes) en la protección de las mismas. Alemania debería liberarse de las ideologías sobre su posición económica derivadas de la primacía de lo económico, a fin de contrarrestar la reducción de la cultura (por ejemplo, cierre de

los institutos Goethe), mientras que Francia lleva adelante sin inmudarse su cultura política nacional en el extranjero (preferimos callar sobre la “obra maestra” de la reforma ortográfica alemana). Francia discute, en el marco de la “modernización de la vida política”, sobre la prohibición de la acumulación de cargos. El debate sobre la inmigración y la “doble nacionalidad” seguirá siendo, a mediano plazo, un tema de reforma entre nosotros, así también el derecho de las fundaciones y la complementación de la economía social de mercado con la dimensión ecológica (reforma fiscal ecológica): el ser humano, no el mercado, es la medida de las cosas. En Alemania, precisamente después de la fortuna de la unificación, se empieza a apreciar un aburrimiento respecto del futuro que resulta de difícil comprensión. También hay necesidad de reducir el pensamiento en términos de derechos (reforma del derecho del servicio público). En el marco de la reforma alemana de la justicia están pendientes las nuevas formas de solución extra-judicial de conflictos (“mediación”). En Sudáfrica (también en los Estados Unidos) la superación de la discriminación racial sigue siendo un tema de la reforma (“*affirmative action*”). Suiza quizá tenga que resolver su relación con “Europa”.

### B. *Reformas necesarias referidas al mundo o a la humanidad*

Aquí también algunos términos clave: no se desconoce que no todos los Estados en este *singular* “planeta azul” son Estados constitucionales —sociedades abiertas— en el sentido apuntado. Algunos países en desarrollo en el África negra son miembros de la “familia de los Estados constitucionales” sólo sobre el papel. Otros países siguen siendo semiautoritarios. “Milagros” como el de la Sudáfrica de N. Mandela hablan por sí solos. Corea del Norte, Cuba y China siguen siendo naciones socialistas. Los Estados islámicos ni siquiera están recorriendo la vía hacia el *tipo* del “Estado constitucional”. Sin embargo, nos atrevemos a sostener la tesis de que la comunidad jurídica internacional, en virtud de la Carta de la ONU y del compromiso con valores universales, como los derechos humanos,<sup>495</sup> está fundada, en primero y en último término, en valores constitucionales.

Los temas de la reforma referidos al mundo y la humanidad en este sentido son:

---

<sup>495</sup> Kühnhardt, L., *Die Universalität der Menschenrechte*, 1987.

- La preparación de los Estados constitucionales para enfrentar los retos de la globalización de los mercados, de los medios de comunicación (Internet), lo que recuerda naturalmente al Estado constitucional sus responsabilidades específicas que solamente él puede asumir; además, la “globalización” económica solamente es soportable por la regionalización cultural en lo pequeño, por el enraizamiento en la “patria”: ¡de otro modo el ser humano caería en el vacío!
- Protección de los bienes culturales.
- Pensamiento subsidiario, no sólo en el marco de la UE, sino como principio estructural a escala mundial para la convivencia entre los “Estados constitucionales cooperativos”.
- En vista de la escasez a nivel mundial que crece rápidamente en materia del ambiente-agua-aire (palabra clave: “desarrollo sustentable” de la conferencia de Río de Janeiro de 1992), se plantea la tarea comunitaria en materia de protección del ambiente, lo que da un impulso adicional al tema de los “deberes humanos”; la Convención para la Protección de la Biodiversidad es una etapa lograda (1996).
- Reducción de la pobreza, ayuda al desarrollo para la autoayuda (desendeudamiento de los países en desarrollo), lucha contra el analfabetismo y formas modernas del “tráfico de seres humanos”
- Entendimiento de los pueblos mediante el intercambio, a escala mundial, de alumnos, estudiantes y científicos.
- Institución de un Tribunal Permanente de Naciones Unidas para juzgar los crímenes contra la humanidad y el genocidio de acuerdo con el modelo del Tribunal de Naciones Unidas para la exYugoslavia y Ruanda.
- La realización de los derechos humanos universales, incluso paralos casos de desaparición de un poder estatal efectivo (“*failed states*”).

## 2. *Perspectivas*

Las ideas reformistas acostumbran brincar por encima de las fronteras nacionales, los espacios y los continentes, como ha podido observarse en la recepción de algunas instituciones del Estado constitucional (*ombudsman*, jurisdicción constitucional, etcétera). ¿Cuáles son las condiciones culturales para las recepciones “exitosas”? Por ejemplo: ¿que sean desarrolladas de manera *productiva* en el Estado constitucional receptor? Para resolver este punto quizá habría que hacer primero un amplio inventario empírico (por

ejemplo, de las reformas en Europa oriental a partir de 1989 y de las modificaciones constitucionales atoradas, por ejemplo, en los Estados de Europa occidental). ¿Es que hay naciones especialmente “dotadas” para las reformas, como los franceses para las revoluciones? Por conducto de los afectados, éstos introdujeron por primera vez de manera colectiva en la opinión pública y en el orden del día (1998) el tema del desempleo, con efectos sobre la opinión pública europea.

Como quiera que sea: en este punto solamente se pudieron indicar algunas de las necesidades de reforma referidas al Estado constitucional y la humanidad, para lo cual los valores orientadores significativos “últimos” son la dignidad humana y la democracia, los valores de la humanidad, así como la fe en el arte y la cultura. El “principio esperanza” y el “principio responsabilidad” siguen siendo las condiciones intelectuales previas de la reflexión sobre el Estado constitucional y sus necesidades y, esperemos, de sus posibilidades de reforma.