

CAPÍTULO TERCERO. TRATAMIENTO POR LA CIENCIA CULTURAL

I. EVOLUCIÓN DE LAS ETAPAS TEXTUALES EN EL ESPACIO Y EL TIEMPO

La tesis inicial postula lo siguiente: en términos generales, el análisis de etapas textuales se manifiesta fructífero en el marco de la teoría de la Constitución como disciplina jurídica, y resulta sustantivamente indicado en la medida en que trabaje con las tipologías de manera consecuente y piense en el “eje del tiempo”. En conjunto, tal análisis busca la variable del “cuadro textual” (“*Textbild*”) de los diversos campos problemáticos de las Constituciones del Estado constitucional, en la medida en que sean “escritas”, y pretende convertirla en el “camino real” (*sit venia verbo*) de un examen material y científico de la realidad de su objeto.¹³² Lo típico para el respectivo ámbito material puede ser captado de manera muy precisa gracias a un análisis textual sensible (en el cual resulte palpable la “realidad” a mediano plazo y de manera mediata). Más aún, solamente con auxilio de esta labor con los textos podrá la teoría constitucional ser “ciencia jurídica de los textos y la cultura”, y vaciar en conceptos y principios “provisionales” al tipo, evolutivamente abierto, del “Estado constitucional”.

Tomar los textos constitucionales positivos como punto de partida comparativo, y regresar una y otra vez a ellos, conjunta las nociones imprescindibles de un “positivismo ilustrado”, es decir, que toma en serio los textos jurídicos, y la dimensión histórica profunda hasta la que puede penetrar una teoría de la Constitución en tanto “ciencia cultural” que trabaje de manera comparada e histórica.

La comparación constitucional, o de manera más precisa, la comparación de los textos constitucionales, es “vehículo” en el desarrollo del Estado constitucional y de su observación. Sin embargo, la comparación consti-

¹³² En esta medida sigue debiéndose a Heller, H., *Staatslehre* (1934) (la teoría del Estado como “ciencia cultural” y como “ciencia de la realidad”, pp. 32 y ss., 37 y ss.; trad. *cit.*: pp. 57 y ss., 63 y ss.

tucional no debe agotarse en lo textual, sino que el “*constitutional law in the books*” debe avanzar hacia un “*law in public action*”. Empero, puesto que gracias a la comparación es frecuente que un “*law in action*” más antiguo adquiera forma textual en un “*law in the books*” más reciente, en la perspectiva del desarrollo histórico no son los textos sólo “superficie”, sino también una pieza de la dimensión profunda del derecho constitucional viviente. Todos los esfuerzos de “reforma de los derechos fundamentales”, por ejemplo, en Austria,¹³³ o de una “revisión total” en Suiza,¹³⁴ se apoyan en la comparación de textos en forma más o menos reconocible.

Hoy en día trabajan comparativamente todas las funciones estatales (desde el constituyente hasta el órgano que revisa de manera puntual o “total” la Constitución), ciertamente de manera más o menos intensa y abierta. Respecto de todas ellas cumple una especial función de proveedora la ciencia del Estado constitucional, es decir, la teoría de la Constitución. Hay, no obstante, una función estatal que en lo particular no debiera subestimarse en sus tareas y contribuciones jurídico-comparadas al desarrollo del Estado constitucional: la jurisprudencia constitucional, incluyendo los votos particulares. Su labor respecto del texto constitucional concreto de un Estado constitucional implica que donde el texto constitucional de su país no alcance, eche un “vistazo” comparativo a su alrededor. ¡En la jurisprudencia del TCFA¹³⁵ hay ejemplos, precisamente en las sentencias de principio (*Grundsatzentscheidungen*), de este proceso de labor comparativa de los textos! La división del trabajo en el desarrollo progresivo del Estado constitucional a través de estos procesos de dar y recibir dentro de un país en lo particular, pero también por encima de sus fronteras con vistas a otros Estados constitucionales, siempre tiene que habérselas, visto así, con un conjunto de textos constitucionales. Quizá no todo el patrimonio de ideas y realidades que un tribunal constitucional nacional o la doctrina propongan como derecho constitucional material “cuaje” en textos constitucionales, pero en la “familia” de los Estados constitucionales pueden convertirse potencialmente en tales, unas veces más temprano, otras más tarde. Así miradas las cosas, la interpretación constitucional es frecuentemente una forma previa a las etapas

¹³³ Cfr. Rack, R. (ed.), *Grundrechtsreform*, 1985, *passim*, especialmente el anexo, pp. 242 y ss.; véase también Wahl, R., *ibidem*, pp. 223, 224 y ss.; Holzinger, G., “Grundrechtsreform in Österreich”, *JöR*, vol. 38, 1989, pp. 325 y ss.

¹³⁴ Véase al respecto el *Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung*, 1977; actualmente Hangartner, Y. y Ehrenzeller, B. (ed.), *Reform der Bundesverfassung*, 1995.

¹³⁵ Cfr. BVerfGE: 7, 198 (208); 19, 342 (348); 39, 68 (71, 73 y s.): voto particular de Ruppv. Brünneck/Simon; E. 69, 315 (343 y s.).

de desarrollo de “textos constitucionales” y etapas textuales que se prolongan. El derecho constitucional consuetudinario no escrito puede orientarse, aquí, por los textos escritos de allá.¹³⁶ Incluso el texto de los programas de los partidos políticos puede actuar a mediano plazo como “proveedor” de textos constitucionales nuevos, elaborados por el constituyente o por el poder revisor. Piénsese, por ejemplo, en los temas del Estado social o del medio ambiente, formulados primeramente por los partidos, o en las demandas de política cultural o en las aspiraciones de política de los medios.

La clave de la comparación de las etapas textuales consiste en que comprende también, de manera mediata, a la *realidad constitucional*, porque los textos de otros países que son recibidos o reelaborados convierten ahora en conceptos lo que la práctica (por ejemplo, la jurisprudencia constitucional), la doctrina y la docencia han desarrollado en otras partes. La evolución constitucional no escrita, ajena, concretamente de los Estados constitucionales occidentales, es literalmente prorrogada, por ejemplo, en las nuevas Constituciones de Europa oriental. Esto no significa que los textos constitucionales de Europa oriental, ya sean nuevos o revisados, prendan inmediatamente y creen ya una realidad constitucional conforme con la Constitución. Pero los nuevos textos reflejan el estadio de desarrollo de los Estados constitucionales en Occidente. Concretamente: no son la LF de 1949 ni la Constitución golista de 1958 las que actúan como modelos para algunos de los Estados constitucionales en Europa oriental, sino que son la LF de 1999, *vivida* en la jurisprudencia del TFC, en la doctrina y en la práctica, así como la Constitución de la Quinta República en 1999, desarrollada por el *Conseil Constitutionnel*, el *Conseil d'État* y la doctrina francesa, las que actúan como ejemplo para los jóvenes constituyentes en Europa oriental.

Ciertamente, a la larga no es suficiente la simple comparación de textos, sino que ésta constituye una primera fase de preparación científica, a la que debe seguir una fase más de comparación constitucional sustantiva que proceda conforme a los métodos, la sistemática y las funciones e incluya a las fuerzas que contribuyen a determinar el *con-texto* de los textos. Tratándose precisamente de nuevos textos, la ciencia depende por lo pronto de la

¹³⁶ La categoría de “derechos fundamentales no escritos” (como las libertades de expresión, personal, lingüística y de asamblea; de la bibliografía: Müller, B. y Müller, S., *Grundrechte. Besonderer Teil*, 1985, pp. 97 y ss.; Müller, J. P., *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, 1982, pp. 23 y ss.) desarrollada en el derecho federal suizo por el Tribunal Federal en Lausana, es derecho constitucional material que posee en otros Estados constitucionales forma textual desde hace tiempo. Resulta consecuente entonces que en el marco de las revisiones totales o parciales se pida su garantía escrita.

comparación textual; lo demás se produce más adelante, “en el curso del tiempo”.

II. RIQUEZA DE LAS ESPECIES Y DIVERSIDAD DE FUNCIONES DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES EN EL ESPEJO DE UNA CONCEPCIÓN “MIXTA” DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Riqueza de las especies y multiplicidad de estratos de los textos constitucionales*

A. *Planteamiento del problema*

Las Constituciones más recientes en el mundo occidental, sobre todo en Europa a partir de 1975, han creado numerosos textos nuevos, o bien, modificado los antiguos. Puesto que precisamente la teoría constitucional, entendida como ciencia cultural, debe tomar en serio los textos constitucionales, resulta necesario hacer un inventario de la riqueza formal de estos textos, de sus múltiples estratos, que resultan palpables ya desde el punto de vista lingüístico, y de la diversidad de sus funciones; al respecto, el oficio y el arte de la interpretación constitucional han producido bibliotecas en el último decenio y medio.¹³⁷ La teoría de la Constitución debe incluir su objeto, la diversidad de los textos, en sus planteamientos. Ya una mirada somera a las Constituciones más recientes de los Estados constitucionales muestra hasta qué punto esas han “*crecido*” y se han diferenciado, formal y sustantivamente, frente al tipo del antiguo Estado constitucional.

B. *Inventario en la selección; la diversidad de los ejemplos*

El inventario propugna por el tratamiento de los textos constitucionales bajo el criterio de la diversidad de lenguas, técnica y dogmática jurídicas, así como de funciones. Estos aspectos deben ir juntos, pero por lo pronto hay que desentrañarlos de manera separada. Hay que partir de la congruencia de las formas y los contenidos textuales. La teoría constitucional como

¹³⁷ Documentados en parte en el volumen, editado por R. Dreier y F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976; véase además: Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995, pp. 19 y ss.; Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2a. ed., 1984, pp. 123 y ss. (hay trad.: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, 1987).

“ciencia jurídica de los textos y la cultura” toma a los textos como punto de partida, de manera precisa, pero recurre también a los “contextos” culturales presentes (!) en el proceso de creación, a fin de extraer todo el contenido, de estratos múltiples, de los textos. Esto no constituye una relativización de los textos, sino su fundamentación. Habrá de mostrarse que las formas textuales indican el uso altamente diferenciado de contenidos, los que hay que interpretar en consecuencia. El “microcosmos” de los diversos pasajes textuales es un elemento en el “macrocosmos” del conjunto total de la Constitución. Esto conduce a la existencia de un uso diferenciado de los métodos de interpretación constitucional. La diversidad del “ropaje” textual, sólo en apariencia externo, de los contenidos constitucionales, apunta hacia una diversidad de los contenidos y las funciones de las disposiciones constitucionales.

a. La diversidad lingüística

Muchos textos constitucionales se distinguen de los textos del derecho ordinario ya por su lenguaje, además de que ofrecen un cuadro en sí altamente diferenciado. Piénsese en el “lenguaje festivo” (sobre todo en los preámbulos) y en las normas orgánicas y competenciales que se mantienen más bien técnicas y racionales (por ejemplo, en las Constituciones federales). Los contenidos y funciones específicos de los preámbulos (la “sintonización” de los ciudadanos, los grupos y el pueblo pluralista con la Constitución; la “elaboración” de la historia, la fundamentación del texto constitucional como “concentrado”) exigen un lenguaje “propio” con un “timbre” específico.

La amplitud e indeterminación, incluso la “apertura” de las disposiciones constitucionales, son prácticamente un lugar común. Sin embargo, un examen más próximo muestra cuán diferente es el “carácter de cláusula general” que poseen las disposiciones constitucionales (que va incluso hasta las normas especiales con efectos técnicos) y cuánto varía el texto literal en términos de su determinación.

Desde el punto de vista lingüístico, es posible distinguir los textos constitucionales que son de contenido más bien simbólico-retórico, educativo, incluso irracional (“de fe”) de los que son más fuertemente “positivistas”, jurídico-dogmáticos y racionales, con todas las transiciones y las formas mixtas. Los campos en los que el constituyente trabaja de forma simbólica-retórica, incluso teatral y sugestiva, son, además de los preámbulos, otras partes de la Constitución: sobre todo los artículos relativos a la bandera, los

colores nacionales, los himnos, las lenguas, los fines de la educación, incluso los días festivos, como “fuentes irracionales del consenso” (K. Eichenberger). Ejemplos de ello son: el artículo 131 de la Constitución de Baviera de 1946-1984 (“Las escuelas no deben transmitir sólo el saber y la capacidad de hacer, sino también formar el corazón y el carácter...”. “Los fines supremos de la educación son el temor de Dios... la apertura hacia todo lo verdadero, bueno y bello, así como la conciencia de la responsabilidad hacia la naturaleza y el ambiente...”); el artículo 32 de la Constitución de Hesse de 1946 (“El 1o. de mayo es día festivo oficial para todos los trabajadores. Este día simboliza el reconocimiento de la justicia social, el progreso, la paz, la libertad y el entendimiento de los pueblos”); el artículo 139 de la Constitución de la República de Weimar, ahora artículo 140 de la LF (“El domingo y las fiestas reconocidas por el Estado quedan protegidos por ley como días de descanso del trabajo y para la elevación espiritual”); y el artículo 56 de la Constitución española de 1978 (“El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones...”). Es posible incluso encontrar un elemento “retórico” en algunas partes de los artículos, hoy tan refinados, sobre las (crecientes) tareas del Estado.¹³⁸ Por último, este “espíritu” y este lenguaje penetran también en las garantías de los derechos fundamentales.¹³⁹ El prototipo de un preámbulo de lenguaje “cultivado” y rico contenido es el de la Constitución española de 1978. La Constitución de Portugal (de 1976/92) inicia su preámbulo con las siguientes frases grandilocuentes:

El 25 de abril de 1974, el Movimiento de las Fuerzas Armadas derribó el régimen fascista, coronando la larga resistencia del pueblo portugués y reflejando sus sentimientos más profundos. Liberar Portugal de la dictadura, la opresión y el colonialismo supuso una transformación revolucionaria y el comienzo de un cambio histórico de la sociedad portuguesa. La Revolución restituyó a los portugueses los derechos y libertades fundamentales.

¹³⁸ Artículo 29, inciso 1, de la Constitución de Brandemburgo (1992): “La protección de la naturaleza, del ambiente y del paisaje cultural histórico como fundamento de la existencia actual y futura, es deber del *Land* y de todas las personas”.

¹³⁹ Ejemplos: artículo 22, inciso 3, de la Constitución de los Países Bajos de 1983 (citado en *JöR*, vol. 32, 1982, pp. 277 y ss.): “El Estado y las demás corporaciones públicas crean las condiciones para el desenvolvimiento social y cultural y para el desarrollo de la libertad”. Artículo 19, inciso 1, de la Constitución del Cantón del Jura de 1977: “Le droit au travail est reconnu”. Artículo 25, inciso 2, de la Constitución de Grecia de 1975: “El respeto y la protección de la dignidad del ser humano es obligación fundamental del Estado” (citado en *JöR*, vol. 32, 1983, pp. 355 y ss.).

Aquí se vuelven tangibles el *pathos* y el *ethos* en el lenguaje. Es evidente la influencia de los preámbulos español y portugués en las Constituciones latinoamericanas recientes: compárese, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de Guatemala de 1985: “hemos sido impulsados por los ideales de nuestros antepasados y reconocemos nuestras tradiciones y nuestro patrimonio cultural...”, y el de la Constitución de Perú de 1979.¹⁴⁰

Un preámbulo que por su ritmo, contenido, lenguaje y forma “destinados” especialmente al ciudadano y que se “sintoniza” con él, es el logrado por la Constitución del Cantón de Basilea, de 1984:

El pueblo de Basilea, consciente de su responsabilidad ante Dios respecto del hombre, la comunidad y el ambiente; deseoso de proteger la libertad y el derecho en el marco de su tradición y su orden democráticos; en la certidumbre de que la fuerza del pueblo se mide por el bienestar de los débiles; con el propósito de facilitar el desenvolvimiento del hombre como individuo y como miembro de la comunidad; resuelto a consolidar al Cantón como estamento soberano en la confederación y a mantenerlo en su diversidad...

El lenguaje y la cultura festivos de los preámbulos posee larga tradición, así que no representan una etapa evolutiva nueva del Estado constitucional. Esto lo demuestran los antiguos preámbulos en Suiza (por ejemplo, de la Constitución federal: “¡En nombre de Dios Omnipotente! La Confederación Suiza, queriendo afirmar el vínculo entre los confederados, mantener y aumentar la unidad, la fuerza y el honor de la Nación Suiza...”).¹⁴¹ Sin embargo, la cultura del preámbulo sufre hoy un fuerte “empujón de crecimiento”, sobre todo con vistas a los enriquecimientos valorativos, totalmente en el sentido del “pensamiento en términos de tareas” (“*Aufgabendenken*”) que incluye a los derechos fundamentales.

¹⁴⁰ El preámbulo de la Constitución de Perú de 1979 se inicia así: “Nosotros, diputados de la Asamblea Constituyente, sometidos a la protección de Dios y en ejercicio del poder soberano, que nos ha conferido el pueblo del Perú; en la convicción de la primacía de la persona humana y en que todos los hombres poseen dignidad y derechos de validez universal, anteriores al Estado y superiores a éste...”.

¹⁴¹ *Cfr.* también el preámbulo de la Constitución irlandesa de 1937: “En el nombre de la Santísima Trinidad, de quien proviene toda autoridad... reconociendo humildemente todas nuestras obligaciones hacia nuestro Divino Señor, Jesucristo... Recordando con gratitud su heroica [*sic.* de nuestros padres] e incansable lucha por recuperar la legítima independencia de nuestra Nación, y con el propósito de promover el bien común, observando debidamente la Sabiduría, la Justicia y la Caridad, de modo que pueda quedar asegurada la dignidad y libertad del individuo...”.

Esto queda de manifiesto incluso en Austria,¹⁴² a pesar del trasfondo de su tradición constitucional acentuadamente “formal” y enemiga de los preámbulos (véase la Constitución federal de 1920). El preámbulo de la Constitución de Bremen de 1947 es representativo de las tres características de los preámbulos orientados a valores de los Estados constitucionales (lenguaje festivo, “*elaboración*” de la historia y “*anticipación*” de los contenidos sustantivos de la Constitución, sobre todo de la parte relativa a los derechos fundamentales y a las funciones del Estado):

Sacudidos por la destrucción causada por el gobierno autoritario de los nacionalsocialistas, con desprecio de la libertad humana y de la dignidad del hombre en la centenaria ciudad libre y hanseática de Bremen, los ciudadanos de este *Land* están dispuestos a crear un orden de la vida social en la que se guarden la justicia social, la humanidad y la paz, en el que el débil económico sea protegido de la explotación y a todos los dispuestos al trabajo se les asegure una existencia digna.

Bastante afortunados son también las Constituciones y los preámbulos de los cinco nuevos *Länder* alemanes, de 1992-1993, el preámbulo de la Constitución de Polonia (1997), así como el de las Constituciones de Madagascar (1995) y de Togo (1992).

b. La diversidad de técnica y dogmática jurídicas

Las diferencias lingüísticas y la “diversidad de figuras” de las disposiciones constitucionales, las que se incrementan en el curso del proceso de crecimiento del tipo del Estado constitucional a partir de 1975, no son un fin en sí mismas. Los constituyentes las han creado para los propósitos de ciertos contenidos y funciones. Ciertamente, la dogmática “desarrolla”, en el marco de sus métodos y a partir de textos gruesos y todavía poco diferenciados, una diversidad de contenidos más allá y por encima del texto. Pero seguramente no hay ni una figura de la dogmática que, hoy día, no haya adoptado ya forma en algún texto constitucional positivo, de tan intensa que se ha vuelto la cooperación internacional en materia del Estado constitucional.

¹⁴² Cfr. el preámbulo inserto en 1980 a la Constitución del Tirol de 1953: “conscientes, de que la fidelidad a Dios y a la herencia histórica, la unidad espiritual y cultural de todo el *Land*, la libertad y la dignidad del hombre, la familia ordenada como célula básica del pueblo y el Estado son los fundamentos espirituales, políticos y sociales del *Land* del Tirol, por lo que es deber supremo del legislador y el ejecutivo del *Land* su conservación y protección...”.

Es posible distinguir una rica escala, que va desde la norma competencial formal, pasando por los principios constitucionales “objetivos” y el mandato constitucional, hasta el derecho fundamental subjetivo. Con frecuencia, estas dimensiones se encuentran contenidas en las mismas disposiciones constitucionales o en los mismos complejos normativos constitucionales, o bien, han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. Piénsese en la multicitada “multidimensionalidad” de los derechos fundamentales como normas objetivas, “principios”, derechos públicos subjetivos, mandatos constitucionales, contenidos protegidos, derechos de participación, o en los múltiples estratos del principio del Estado social, desde la proposición programática hasta el *topos* interpretativo, desde el derecho subjetivo mínimo (a la asistencia social) hasta el mandato legislativo. Es evidente que en la actualidad existe una tendencia a diseñar e interpretar las normas en tantos estratos como sea posible, de desentrañar en ellas no una sola dimensión de validez (“optimización”).¹⁴³ Este refinamiento, particularmente visible en Alemania y Suiza,¹⁴⁴ es de saludarse. También “el tiempo” es procesado de diversas maneras en los textos: desde la cláusula de recepción conservadora hasta el mandato constitucional dinámico. En suma, la doctrina de las “fuentes” del derecho se vuelve cuestionable ya desde el punto de vista conceptual-gráfico.

Desde un punto de vista “típico-ideal”, pueden apreciarse dos modelos básicos. El modelo de facultamiento y delimitación (*Ermächtigung und Grenzziehungsmo- dell*) y el de valores fundamentales (*Grundwertemodell*).

i) El modelo de facultamiento y delimitación se refiere a las normas orgánicas y sustantivas clásicas, en las cuales se encuentra en primer plano el carácter de facultamiento y delimitación. Por un lado se crean órganos estatales (“normas de creación”), se establecen competencias y distribuyen funciones; se reconocen facultades, se fijan los procedimientos y delimitan los ámbitos de competencia (por ejemplo, entre la Federación y los *Länder*, entre los diversos órganos del Estado, entre Estado e iglesias); por el otro lado, se separa sustantivamente del estatal el ámbito social-privado de los ciudadanos y los grupos a través de los derechos fundamentales (las “limitaciones” y “afectaciones” son excepciones). Este tipo formal y textual se ha realizado de la manera más pura en la Constitución bismarckiana de 1871, pues casi toda ella se parece a un “estatuto orgánico”. Los catálogos

¹⁴³ Son representativas de ello las sentencias del TCFA en BVerfGE 6, 55 (72); 7, 198 (203 y ss.); 39, 1 (38); 95, 193 (209).

¹⁴⁴ Cfr. por ejemplo, la doctrina de J. P. Müller sobre los “contenidos parciales” de los derechos fundamentales (en *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, 1982); Hesse, K., *Grundzüge*, cit., p. 28 (“optimización”). Cfr. también BVerfGE 81, 278 (292): “optimización”.

de derechos fundamentales en el estilo de la Declaración francesa de 1789¹⁴⁵ o de Bélgica (1831) representan el modelo clásico para la parte sustantiva o dogmática. El “dualismo” entre parte orgánica y parte de derechos fundamentales era la expresión dogmática de este estilo de normación, así como el razonamiento en términos de “afectaciones” y “limitaciones” (“*Eingriffs- und Schrankendenken*”),¹⁴⁶ o el énfasis exagerado en lo formal y lo técnico. No hay normas que definan funciones o tareas, o sólo de manera muy aislada; así, por ejemplo en el preámbulo de la Constitución bismarckiana de 1871 (“unión eterna para la defensa del territorio de la Federación y del derecho vigente en el mismo, así como para promover el bienestar del pueblo alemán”) o a través de los fines de la Federación en el artículo 2o. de la Constitución federal suiza de 1874 (“La Confederación tiene por objeto asegurar la independencia de la Patria frente al extranjero, mantener la tranquilidad y el orden en el interior, proteger la libertad y los derechos de los confederados y acrecer su prosperidad común”).¹⁴⁷ En pocas palabras, el tipo de la Constitución como “facultamiento y delimitación” puede caracterizarse a través de las partes orgánica y de derechos fundamentales, de la limitación en la relación del ciudadano hacia el Estado, pero también por la relación del segundo hacia el primero, en la cual éste delimita la libertad fundamental (en interés de los demás), así como mediante la delimitación entre el Estado central y las entidades federativas (en los Estados federales).¹⁴⁸

ii) El segundo “modelo” es el modelo de valores fundamentales, un tipo de Constitución en cuyo texto, además de facultamientos y delimitaciones, se expresan contenidos, valores, fundamentos, pero sobre todo “tareas” (“*Aufgaben*”). La idea de Constitución de R. Smend como “estímulo y limitación” comprende ambos aspectos, pero el aspecto del “estímulo” puede

¹⁴⁵ A diferencia del preámbulo de 1789 (“declaración solemne”, “sagrados derechos del hombre”).

¹⁴⁶ Al respecto véase la crítica de Häberle, P., *Wesensgehaltsgarantie*, cit., pp. VII y s., 136 y ss. Véase también el informe de la comisión suiza de expertos, 1977, p. 14: “El Estado gendarme del siglo XIX, dirigido sólo a la defensa del Estado, podría salir adelante con las normas de facultamiento y limitación”.

¹⁴⁷ Cfr. también la forma festiva, la estructura confesional y el contenido de la *Bill of Rights* de Virginia (1776): “I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y que poseen ciertos derechos innatos, de los cuales no pueden privar o desposeer a sus descendientes cuando aceptan unirse en un estado; a saber, el derecho al disfrute de la vida y de la libertad”.

¹⁴⁸ La Constitución de Austria de 1920 permanece también en el contexto del positivismo jurídico de H. Kelsen, en la tradición del tipo constitucional que se encuentra más bien formal técnica, en el sentido de un pensamiento en términos de delimitación y distribución de competencias.

manifestarse en las formas, etapas de intensidad y abstracción, así como “grados de densidad” más diversos, llegando hasta la obligación normativa. Si las Constituciones francesas a partir de 1791 recorrieron esta vía del enriquecimiento sustantivo,¹⁴⁹ las nuevas Constituciones en Europa y América, a partir de 1975, siguen de manera más acentuada la tendencia hacia una “carga” material. Esto tiene un trasfondo político (partidista), ya que todos los participantes en el proceso constituyente y en los compromisos pluralistas desean introducir “su” parte, su “política”, pero también hay una razón científica. La “idea material de Constitución” empieza a influir en el redactor del texto. La fórmula de U. Scheuner sobre la Constitución como “norma y tarea”¹⁵⁰ ofrece una expresión concisa sobre esta tendencia evolutiva. La conducción y el procesamiento, incluso la “reivindicación” de la realidad, es ya un particularidad textualmente visible de los constituyentes modernos (son pioneros la forma y el “espíritu” de la segunda parte de la Constitución de Weimar de 1919, en especial los artículos 119 a 122, 139, 148, 151, 155; *cf.* ahora, respecto de la “naturaleza y el ambiente”, los artículos 39 a 40 de la Constitución de Brandemburgo de 1992).

Llama la atención el enriquecimiento material de la Constitución en todos los ámbitos problemáticos y en toda clase de normas constitucionales, si bien hay diferencias tanto entre países como en el eje temporal: unas veces se enriquece ya el preámbulo con tareas; otras se da a la parte competencial (no sólo en los Estados federales) la forma de tareas; en otras más los derechos fundamentales se presentan como tareas del Estado o en ropaje procesal, o bien se crean tipos de normas completamente nuevos (por ejemplo, en las cláusulas sobre “el espíritu” o sobre el “patrimonio cultural”, o artículos de reconocimiento o normas de bases). Al respecto también hay formas mixtas.

Esta “doctrina de los modelos” tiene que relativizarse, pues dependiendo del “estilo de codificación”, y esto quiere decir también de la “antigüedad” de un documento constitucional o de sus modificaciones, tiene una importancia mayor o menor (en Europa) lo formal y lo técnico; las Constituciones más recientes son habitualmente más “ricas” en lo material y lo textual, sin prescindir de los textos más antiguos. Pero aun ahora hay diferencias. Así, por ejemplo, la Constitución de los Países Bajos de 1983 es más bien reservada y parca respecto de los “grandes” contenidos y programas,

¹⁴⁹ Compárense sus textos. Los puntos son: Constitución de 1848 (por ejemplo, preámbulo y artículo 13), artículos 22 a 39 de la Constitución de 1946.

¹⁵⁰ Scheuner, U., voz “Verfassung” (1963), ahora en *Staatstheorie und Staatsrecht. Ges. Schriften*, 1978, pp. 171 (172).

mientras que las nuevas Constituciones de los dos países ibéricos, Portugal y España, prefieren proposiciones barrocas, materiales, que sugieren numerosas diferenciaciones. Y en general, casi ningún tema constitucional se encuentra fijado en una sola forma textual. En los apartados orgánicos de las Constituciones pueden encontrarse fuertes elementos materiales, así como puede haber elementos formales-orgánicos en la parte de los derechos fundamentales. Las partes se unifican. Finalmente, existen múltiples “formas mixtas”, como normas sobre tareas casuísticas, normas sobre tareas relativas a los derechos fundamentales (“derechos fundamentales sociales y culturales”), cláusulas limitativas especiales, mandatos dirigidos únicamente al legislador (artículos programáticos).

En este sentido, los textos pueden haber sido “trabajados” de manera diversa. En ocasiones, el constituyente los formula como cláusulas generales abiertas; en otras los redacta de manera especial y casuista; al respecto, constituyen una forma mixta las disposiciones constitucionales “redactadas” en estilo de “en particular” o “por ejemplo” (tratándose de los derechos fundamentales y sus limitaciones, o de normas generales o detalladas sobre las tareas del Estado).

La riqueza de formas se manifiesta en la utilización alternada del “catálogo” de ciertos derechos fundamentales o bienes constitucionales. La lista puede actuar “compresoramente”, pero también puede convertirse en una sobrecarga de los textos constitucionales. Unas veces se encuentran catálogos que se pretenden abiertos, es decir, no exhaustivos, en otras se pretenden “cerrados”, exhaustivos.¹⁵¹

Las definiciones legales constitucionales, es decir, la definición de conceptos a nivel constitucional, son un instrumento de uso frecuente. En estos casos la Constitución se esfuerza por lograr un máximo de precisión, y los procesos de concretización de la misma se simplifican. Los ejemplos los ofrecen Constituciones pertenecientes a etapas evolutivas muy diversas, y en ámbitos problemáticos muy distintos.¹⁵²

¹⁵¹ He aquí algunos ejemplos: el artículo 40, inciso 6, núm. 1, de la Constitución de Irlanda de 1937 lista los derechos de los ciudadanos (a la libertad de expresión asamblea y asociación). El artículo 45, inciso 2, se refiere a los fines políticos (“en particular”). *Cfr.* también el capítulo 2o. § 1 de la Constitución sueca de 1974.

¹⁵² El artículo 81, inciso 1, de la Constitución española de 1978: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...”. Véase también los artículos 121 de la LF (concepto de mayoría); 22, inciso 1, de la Constitución de Irlanda de 1937 (definición de “proyecto de ley financiera”); 154 de la Constitución de Hesse de 1946 (“nacionales”); 51 de la Constitución de Schleswig-Holstein de 1949 (“mayoría”).

Un grupo especial de normas constitucionales lo constituyen las normas de reconocimiento (*Bekennnis-Normen*), las cláusulas sobre símbolos y valores fundamentales, los artículos “en el espíritu” y sobre el “patrimonio cultural”, las cláusulas sobre identidad, principios y primacía. Estas cláusulas son formas de expresión y vehículo de un enriquecimiento, incluso de una “carga” sustantiva y orientada a valores, de las Constituciones. Se presentan en numerosos sitios, potencialmente en cualquier parte del documento constitucional; en sí mismas se encuentran diferenciadas, asumen incluso formas mixtas, e impregnan con grados variables las Constituciones de los distintos países. En general, hoy tienden más a incrementarse que a disminuir y se proyectan hacia el grupo de las normas de tareas (por ejemplo, en el artículo 3o., incisos 1 y 2, de la Constitución de Baviera o en la fórmula del “Estado social de derecho” de la LF), pero siguen distinguiéndose de éstas. En las Constituciones anteriores se encuentran solamente de manera muy fragmentaria, o sólo en sus comienzos, pero en las más recientes, como las de los países ibéricos, se muestran al mismo tiempo y en forma “masiva”. Si se presentan al mismo tiempo con el grupo de las normas de tareas y con las normas relativas a los derechos fundamentales, convertidas en estratos múltiples, nos hallamos ante el prototipo de una Constitución “material”.

Las “normas de reconocimiento” se encuentran en varios ámbitos. En las Constituciones más recientes ocupan un lugar más prominente: por ejemplo, en los preámbulos,¹⁵³ en los artículos de bases,¹⁵⁴ en las garantías sobre los días festivos,¹⁵⁵ pero también en otras partes de la Constitución.¹⁵⁶ La “forma del reconocimiento” es una indicación de la gran importancia de los contenidos, de su calificación como valores fundamentales, que trata de vincular el pensamiento objetivamente existente con el grado más alto

¹⁵³ Véase el preámbulo de la Constitución francesa de 1958: “El Pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional...”. En términos similares la Constitución de Benin (1990).

¹⁵⁴ Constitución española de 1978, título preliminar, artículo 1o., inciso 1; artículo 1o., inciso 2 de la LF de 1949: “El pueblo alemán reconoce por tanto, que los derechos inviolables e inalienables del hombre son el fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

¹⁵⁵ Por ejemplo, el artículo 3o., inciso 2, frase 2, de la Constitución de Baden-Württemberg de 1953: “El primero de mayo tiene por propósito el reconocimiento de la justicia social, la paz, la libertad y el entendimiento de los pueblos”.

¹⁵⁶ Por ejemplo, el artículo 69, inciso 1 de la Constitución de Hesse de 1946 en el apartado sobre “Vínculos internacionales”: “Hesse reconoce la paz, la libertad y el entendimiento entre los pueblos”. El artículo 2o., inciso 3, de la Constitución de Brandemburgo (1992): Reconocimiento de los derechos fundamentales de la CEDH, de la Carta Social Europea, etc. Véase también el artículo 1o., inciso 2, de la Constitución de Turingia.

de identificación del sujeto del poder constituyente, el pueblo o el individuo (casi en el sentido de artículos “confesionales”). La racionalidad y los contenidos subjetivos-irracionales establecen la vinculación más estrecha posible. El constituyente crea en realidad aquí una cláusula de identidad; hace una afirmación sobre su concepción de sí mismo.

Los artículos simbólicos¹⁵⁷ se encuentran estrechamente emparentados con las normas de reconocimiento. Un buen ejemplo es el artículo 2o., segundo párrafo, de la Constitución francesa de 1958 (similarmente, el artículo 1o. de la Constitución de Benín): “*L’Emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge. L’hymne national est ‘la Marseillaise’. La devise de la République est: ‘Liberté, Egalité, Fraternité’. Son principe est: gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*”;¹⁵⁸ pero también el juramento del presidente de la República de Irlanda.¹⁵⁹ Por ello, no es casualidad que figuren la mayoría de las veces en los artículos de bases de la Constitución.¹⁶⁰ España (Constitución de 1978) ubica sus artículos sobre las lenguas y la bandera también en el título preliminar (artículos 3o. y 4o.), y respecto del Rey utiliza incluso, de manera expresa, el concepto de “símbolo”.¹⁶¹

También se aproximan a los artículos simbólicos y de reconocimiento a las cláusulas sobre valores fundamentales. Un ejemplo preciso es el artículo 12, inciso 6, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia: “En las escuelas de la comunidad se instruirá en común a los niños sobre la base de los

¹⁵⁷ Sobre los símbolos, por ejemplo, los “colores del Reich” (artículo 3o. Constitución de Weimar); Smend, R., “Verfassung und Verfassungsrecht” (1928), en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3a. ed., 1994, pp. 162, 260 y ss.

¹⁵⁸ “El emblema nacional es la bandera tricolor: azul, blanco, rojo. El himno nacional es ‘La marsellesa’. El lema de la República es: ‘Libertad, igualdad, fraternidad’. Su principio es: gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo” (N. del T.).

¹⁵⁹ Artículo 12, inciso 8, de la Constitución de Irlanda.

¹⁶⁰ Así, en la Constitución de Italia (1947), principios fundamentales, artículo 12: “La bandera de la República es la tricolor italiana...”. Artículo 11 de la Constitución de Portugal (bandera e himno); artículo 5o. de la Constitución de Berlín de 1950: símbolos del *Land*: “La bandera, el escudo y el sello de Berlín llevarán un oso...”. Véase por último los artículos 161 y siguientes de la Constitución de Angola (1992).

¹⁶¹ Artículo 56, inciso 1: “El Rey es el jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia...”. La Constitución de Japón procede de manera semejante en su artículo 1o. (citado en Neumann, R., *Änderung und Wandlung der Japanischen Verfassung*, 1982, pp. 185 y ss.): “El Tenno es el símbolo de Japón y de la unidad del pueblo japonés”. El artículo 85 de la Constitución peruana de 1979 señala a las banderas, el escudo y el himno nacional como “símbolos de la patria”. Artículo 11 de la Constitución de Georgia (1995): “The State Symbols of Georgia are determined by organic law”. Artículo 34 de la Constitución de Burkina Faso (1997): “Los símbolos de la nación”.

valores culturales y formativos cristianos en apertura hacia las confesiones cristianas y hacia otras convicciones... religiosas...”.

Quizá el artículo de valor fundamental más conciso lo haya creado el constituyente español (1978) en su artículo 1o., inciso 1:¹⁶² “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Un tipo de texto constitucional, no infrecuente en la actualidad, son los artículos “en el espíritu”. Se encuentran en varios campos de la regulación, así por ejemplo, en los preámbulos,¹⁶³ en los fines de la educación,¹⁶⁴ en fórmulas de juramento¹⁶⁵ y al servicio de la descripción de la función de la jurisdicción.¹⁶⁶ Las cláusulas “en el espíritu”¹⁶⁷ reflejan el intento del constituyente de capturar y fijar lo fundamental de sus contenidos, de su estado de conciencia. La referencia a los valores fundamentales es tan evidente, como difícilmente comprensible y aplicable resulta la positividad jurídica o incluso la justiciabilidad de tales normas. Sin embargo, esta técnica de normación y (tendencialmente también) de positivización podría tomarse como importante instrumento en el arsenal de los constituyentes más recientes, dirigido hacia las tres funciones estatales y en ocasiones como obligatorios también para el ciudadano.

Las “cláusulas sobre el patrimonio” cultural son de la misma *materia y espíritu*. Se encuentran en las Constituciones recientes, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución de Guatemala de 1985: “somos impulsados por los ideales de nuestros antepasados y reconocemos nuestras tradiciones

¹⁶² *Cfr.* el artículo 8o. de la Constitución de Macedonia (1991): “fundamental values”; artículo 3o. de la Constitución de Croacia (1991); “*valeurs suprêmes*”, artículo 1o., inciso 1 de la Constitución de Guinea Ecuatorial (1991): “valores supremos”.

¹⁶³ Preámbulo de la Constitución de Hamburgo de 1952. Preámbulo de la Constitución de Brandemburgo (1992): “En el espíritu de las tradiciones de derecho, tolerancia y solidaridad...”.

¹⁶⁴ Artículo 133 de la Constitución de Renania-Palatinado de 1947.

¹⁶⁵ Por ejemplo, el artículo 111 de la Constitución de Hesse de 1946 (“así como obedecer y defender la Constitución y las leyes en el espíritu democrático”).

¹⁶⁶ Artículo 62 de la Constitución de Berlín (1950-1994): “La administración de justicia se ejercerá en el espíritu de esta Constitución y de la comprensión social”.

¹⁶⁷ El Tribunal Constitucional Federal alemán las empleó en la célebre sentencia Lüth: E 7, 198 (205): “toda... disposición debe ser interpretada en su espíritu (*sic.* del sistema de valores)”. “Texto clásico” es el § 112, inciso 1, de la Constitución de Noruega de 1814: “espíritu de esta Constitución”.

y nuestro patrimonio cultural...”.¹⁶⁸ Remitimos a otros ejemplos textuales¹⁶⁹ (*cf.* solamente el artículo 34, inciso 2, de la Constitución de Brandemburgo: “Se promueven públicamente la vida cultural en su diversidad y la transmisión del patrimonio cultural”; preámbulo de la Constitución de Polonia de 1997: “comprometidos a transmitir a las nuevas generaciones todo lo valioso de una herencia de más de mil años”).

Estas cláusulas se encuentran emparentadas con la célebre frase del maltés A. Pardo (1967) sobre el “patrimonio común de la humanidad” y constituyen un enriquecimiento del cuadro textual de las Constituciones del Estado constitucional, por lo que podemos hablar de “patrimonio cultural”.

Las normas sobre principios constituyen una forma paralela.¹⁷⁰ Así, al apartado sobre el “trabajo”, la Constitución de Guatemala de 1985 antepone la siguiente frase: “La vida laboral del país debe organizarse de conformidad con los principios de la justicia social” (artículo 101, frase 2).¹⁷¹ La antigua Constitución de Perú de 1979 procede en su texto de manera similar (artículo 110): “El orden económico de la República se funda en los principios de la justicia social”.¹⁷²

¹⁶⁸ Véase también el preámbulo de la antigua Constitución de Perú de 1979: “así como de la herencia célebre de Sánchez Carrión, fundador de la República...”. También el preámbulo de la Constitución del Tirol de 1980 (“herencia histórica”); Constitución de Níger (1996).

¹⁶⁹ Por ejemplo, al artículo 46 de la Constitución española: “Los poderes del Estado garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran...”. Artículo 78, inciso 2c de la Constitución de Portugal: “Fomentar y proteger el patrimonio cultural, a fin de que se convierta en un elemento renovador de la identidad cultural común”. Artículo 36 de la Constitución de Perú: “Los sitios arqueológicos declarados como patrimonio cultural de la nación, y las ruinas, construcciones, monumentos, objetos artísticos y testimonios de valor histórico se encuentran bajo protección del Estado”. Artículo 61 de la Constitución de Guatemala: “Protección del patrimonio cultural”. Véase también el artículo 60 de la misma Constitución. *Cfr.* el preámbulo de la Constitución de Hamburgo: “Como ciudad portuaria cosmopolita, misión que le es atribuida por su historia y ubicación...”. Quizá la descripción más amplia, que va más allá de lo jurídico, sobre el patrimonio cultural se encuentre en la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950: “resueltos como gobiernos de los Estados europeos, imbuidos del mismo espíritu y que poseen una herencia común de bienes espirituales, tradiciones políticas, respeto ante la libertad y el gobierno de las leyes...”.

¹⁷⁰ *Cfr.* el artículo 101 inciso 2 de la Constitución del Sarre: “La modificación (de la Constitución) no puede contrariar los principios del Estado social y democrático de derecho”. Véase también el artículo 129, inciso 2 de la Constitución de Renania-Palatinado; el artículo 56, inciso 3, de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania.

¹⁷¹ El artículo 118 de la misma Constitución señala: “El orden económico y social de la República de Guatemala se basa en los principios de la justicia social”.

¹⁷² Véase también el artículo 30 de la misma Constitución: “Toda persona natural o jurídica tiene el derecho... de fundar establecimientos educativos respetando los principios constitucionales”.

Y con toda la intención de la “defensa” de la Constitución se dice en el artículo 277, inciso 1, de la Constitución de Portugal: “Son inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios establecidos en ella”.

En el ámbito de los fines de la educación utiliza la Constitución española de 1978 la figura de los principios.¹⁷³ La forma más amplia es la empleada por la Constitución portuguesa (1976/92): “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular...”.

La teoría de H. Heller sobre los “*principios del derecho*” es el marco clásico para la comprensión de este tipo de artículos.

Las referencias de la Constitución a sí misma constituyen una nueva forma característica de disposición constitucional, que se encuentra, por ejemplo, en las “cláusulas de eternidad”,¹⁷⁴ así como en otros campos problemáticos; por ejemplo, al formular el deber de lealtad del maestro.¹⁷⁵ Con mucha frecuencia se trata de grupos de artículos sobre la “defensa de la Constitución” en sentido profundo y amplio. Esto se vuelve especialmente claro en la Constitución de Hesse de 1946.¹⁷⁶ Las Constituciones extranjeras aplican esta forma de artículo a ámbitos amplios, como el artículo 30, párrafo tercero, de la anterior Constitución de Perú, de 1979,¹⁷⁷ el artículo 39 de la Constitución de Georgia de 1995 a la cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales.

¹⁷³ El artículo 27, inciso 2 señala: “La educación tendrá por objeto el desarrollo pleno de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

¹⁷⁴ Artículo 75, inciso 1, frase 2, de la Constitución de Baviera de 1946: “No se admitirán las iniciativas de reforma constitucional que contraríen los principios democráticos fundamentales de la Constitución”. Artículo 20, inciso 1, de la Constitución de Bremen de 1947: “Son inadmisibles las modificaciones constitucionales, que violen las nociones fundamentales de los derechos universales del hombre”. En forma similar el artículo 150, inciso 1, de la Constitución de Hesse de 1946 (“nociones fundamentales democráticas de la Constitución”); artículo 64 de la Constitución de Camerún (1996).

¹⁷⁵ Artículo 36 de la Constitución de Renania-Palatinado de 1947.

¹⁷⁶ Véase los artículos 146, inciso 2, y 150, inciso 1, en el marco del apartado “La defensa de la Constitución”.

¹⁷⁷ Véase el artículo 277, inciso 1, de la Constitución de Portugal (1976/82): “Son inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios establecidos en ella”. Artículo 288 de la misma Constitución: “Las leyes de revisión constitucional deberán respetar: a) La independencia nacional y la unidad del Estado; b) La forma republicana de gobierno; c) La separación de las Iglesias y el Estado; d) Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos...”. En forma similar el artículo 159 de la Constitución de Angola (1992).

Cada vez se hacen más frecuentes los “artículos de primacía”, es decir, las normas constitucionales que destacan especialmente un bien jurídico y le confieren una especial jerarquía de valor; el parentesco con las cláusulas de defensa¹⁷⁸ es evidente. También la jurisprudencia constitucional postula frecuentemente la “primacía”,¹⁷⁹ un paralelismo que con seguridad no es accidental.

Ejemplos antiguos son el artículo 125, inciso 1, de la Constitución de Baviera de 1946 (“Los niños sanos son el bien máspreciado de un pueblo”), también el artículo 12, inciso 1, de la Constitución de Bremen de 1947 (“El ser humano es más valioso que la técnica y la máquina”), o el artículo 24, inciso 1, frase 2, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia de 1950 (“La protección de su fuerza de trabajo —del ser humano— tiene primacía ante la protección de las posesiones materiales”).¹⁸⁰ Sobre todo las nuevas cláusulas de protección del ambiente se atreven a utilizar este estilo codificadorio, que es prueba, por un lado, de la necesidad e indispensabilidad de los procesos de ponderación en la concretización de las normas constitucionales, y por el otro, revela inseguridades o conduce a las mismas. Resulta característico el artículo 141 de la Constitución de Baviera: “También corresponde a las funciones primordiales del Estado, de los municipios y las corporaciones públicas, la protección del suelo, el agua y el aire como bases naturales de la vida”.¹⁸¹

En el extranjero llama la atención la cláusula unilateral de primacía del artículo 44, inciso 2, de la Constitución de Guatemala (1985): “El interés social prima sobre el interés individual”, claro está que en el contexto de un artículo sobre “los derechos naturales de la persona”. Y ya en el preámbulo hay una anticipación, aunque cae en alguna contradicción: “Nosotros, los

¹⁷⁸ Por ejemplo, el artículo 166, inciso 1, de la Constitución de Baviera de 1946: “El trabajo es la fuente del bienestar del pueblo y se encuentra bajo la especial protección del Estado”. Artículo 40, inciso 2, frase 2, de la Constitución de Brandemburgo: “En consecuencia se dará especial peso al interés público en el uso cuidadoso del suelo”.

¹⁷⁹ Por ejemplo, BVerfGE 39, 1 (142): “La vida humana constituye un valor supremo dentro del orden de la Ley Fundamental”. E 33, 23 (29): la dignidad humana como “bien supremo”. Igualmente E 54, 341 (357). Véase también E 89, 28 (35); 95, 220 (241).

¹⁸⁰ Artículo 53, inciso 1, de la Constitución de Renania-Palatinado de 1947: “La fuerza de trabajo humana debe protegerse contra la explotación como contribución personal y como bien económico valioso del pueblo”.

¹⁸¹ En forma similar el artículo 11 a, inciso 1, frase 2, de la Constitución de Bremen. El artículo 29 a, inciso 2, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia ha encontrado una cláusula compensatoria (“Las obligaciones y deberes necesarios se determinan en compensación de los intereses públicos y privados de que se trate”). Artículo 59, inciso 1, frase 2, de la Constitución del Sarre: “Corresponde por tanto a las funciones primordiales del Estado la protección del suelo, el agua y el aire como bases naturales de la vida...”.

representantes del pueblo guatemalteco... afirmamos la primacía de la persona humana como sujeto y objeto del orden social”.

La problemática de tales cláusulas de primacía es evidente, pues amenazan con relativizarse o incluso anularse mutuamente, o bien, a caer en contradicción. Guatemala ofrece un ejemplo especial al respecto. La anterior Constitución de Perú (1979) señala en su preámbulo: “en la creencia de la primacía de la persona humana...”, y esta valoración se repite en un artículo de bases (artículo 1o., frase 1) con las palabras: “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

La Constitución de Portugal (1976-1992) recurre varias veces a la figura de la primacía: por ejemplo, en el artículo 68, inciso 2 (“La maternidad y la paternidad son valores sociales eminentes”), una cláusula que provoca incertidumbres, ya que no menciona los valores concurrentes, y tampoco puede hacerlo, pues las reglas de preferencia solamente pueden desarrollarse paulatinamente en el proceso de la interpretación. Por tanto, desde el punto de vista de la política constitucional, este tipo de cláusulas debería utilizarse de manera muy reservada.

De las anteriores hay que distinguir las normas de tareas (“*Aufgaben-Normen*”). Estas normas constituyen hoy día quizá el campo más rico en la innovación y la fantasía, la diversidad de textos y la capacidad de diferenciación, incluso ambivalencia, de los constituyentes. Tales normas conquistan todas las partes y los campos problemáticos de la Constitución: desde el preámbulo, pasando por los derechos fundamentales, hasta la parte orgánica. Se dirigen a los destinatarios más variados (funciones del Estado, ámbitos de la sociedad o la economía), y van desde las cláusulas de “preocupación”, pasando por los artículos de “protección” y “promoción”, hasta el mandato constitucional justiciable o el mandato legislativo. Se conocen en la dogmática como “disposiciones sobre los fines del Estado” (U. Scheuner)¹⁸² o como “normas estructurales del Estado”,¹⁸³ y su grado de obligatoriedad normativa es variable. En el umbral inferior se encuentra la competencia o facultamiento meramente formal, incluso la garantía receptora del *status quo*. Su forma más fuerte es el “mandato constitucional”. Su frecuente carácter como *principio rector* la emparenta con los artículos de identidad y principios. Por su contenido, son muy diversas: van desde el “bien común”

¹⁸² Scheuner, U., *Staatszielbestimmungen* (1972), reproducido más tarde en *id.*, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, pp. 223 y ss.

¹⁸³ Cfr. Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2a. ed., 1984, pp. 551 y ss.

como fin amplio del Estado, hasta un fin particular (como el de protección a la familia o el ambiente).

La creciente utilización de normas de tareas es una característica de la actual etapa evolutiva del Estado constitucional, y expresa una concepción diferente del Estado y de la Constitución (“Estado y Constitución como tarea”, o también como “proceso”), pero por su parte también la alimentan. La figura del “mandato o encargo constitucional” (“*Verfassungsauftrag*”)¹⁸⁴ es sólo un ejemplo, aunque el más frecuente. Ciertamente nos lo encontramos en diversas variantes, pues puede tener como destinatario al Estado o a alguna de sus funciones particulares, o bien a otros sujetos, como la “economía” o el individuo.¹⁸⁵ Llama la atención la creciente interrelación e intercambiabilidad entre los derechos fundamentales y las tareas del Estado, pues los derechos fundamentales se presentan como tales, pero también con el “ropaje” de tareas del Estado.¹⁸⁶ Inversamente, éstas se manifiestan como contenidos objetivados de los derechos fundamentales.¹⁸⁷

Ciertamente que entre las distintas naciones hay grandes diferencias en esta materia: *cf.* los artículos de “preocupación” más bien reservados de la Constitución de los Países Bajos (1983), por un lado, con las numerosas

¹⁸⁴ Véase, de la bibliografía, Lerche, P., “Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven”, *AöR*, vol. 90, 1965, pp. 241 y ss.

¹⁸⁵ Como “deberes fundamentales”, véase por ejemplo el artículo 120, incisos 2 y 4, de la Constitución de Grecia de 1975. En forma similar el artículo 10, inciso 1, frase 1, de la Constitución de Sajonia (1992): “La protección del medio ambiente... es obligación de todos en el *Land*”. En forma similar el artículo 86 de la Constitución de Polonia (1997); artículo 50 de la Constitución de Usbekistán.

¹⁸⁶ Por ejemplo, el artículo 9o. de la Constitución de Portugal: “Son misiones fundamentales del Estado: ... 2. Garantizar los derechos y libertades fundamentales y el respeto a los principios del Estado democrático de derecho...”. Una estrecha fusión de derechos fundamentales y tareas del Estado se encuentra en la nueva Constitución del Vorarlberg de 1984: “Artículo 7o. Objetivos y principios de la acción estatal (1) El *Land* tiene la tarea de asegurar el libre desarrollo de la personalidad del individuo, así como el desarrollo de la vida comunitaria según los principios de subsidiariedad y solidaridad de todos los grupos sociales. Se promoverán la autonomía y autoayuda de los ciudadanos. (2) Toda acción estatal en el *Land* debe respetar la dignidad del ser humano, la igualdad ante la ley, la proporcionalidad de los medios empleados y los principios de la buena fe”.

¹⁸⁷ *Cfr.* el capítulo 1, § 2, inciso 2, de la Constitución de Suecia de 1974: “El bienestar personal, económico y cultural del individuo será objetivo fundamental de la actuación pública. En particular, corresponderá a la administración pública asegurar el derecho al trabajo, la vivienda y la educación, y promover la previsión y la seguridad sociales, así como un buen ambiente para la vida”.

normas de tareas de Portugal y España, por el otro.¹⁸⁸ Suiza sigue una línea intermedia en las Constituciones, totalmente revisadas, de los cantones.¹⁸⁹

Quizá el constituyente esté retornando hoy a la concepción clásica, conforme a la cual el Estado y todas sus competencias se encuentran situadas instrumentalmente al servicio de los derechos fundamentales, como lo estipula el artículo 2o. de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

El Estado no posee valor propio; las tareas del Estado son, a final de cuentas, “tareas de los derechos fundamentales”.¹⁹⁰

Una norma sobre los fines del Estado, audaz para Austria, lo intenta el nuevo artículo 4o. de la Constitución de la Baja Austria de 1979 (más tarde en forma similar el artículo 7o. de la Constitución del Tirol): “Condiciones de vida: El *Land* de la Baja Austria deberá ocuparse, en su ámbito de acción, de que estén garantizadas las condiciones de vida de la población en las diversas regiones del *Land*, tomando en cuenta las necesidades económicas, sociales y culturales que se aprecien”.

Las tareas del Estado se encuentran en la forma más concentrada posible en los preámbulos, incluso en la Constitución bismarckiana de 1871, concebida en forma tradicional y orgánica, y en la Constitución suiza de 1874, y con mayor razón en las Constituciones más recientes.

Algunas Constituciones escogen los artículos de bases como ubicación sistemática de las tareas del Estado o de los derechos fundamentales; así, por ejemplo, el artículo 1o., inciso 1, de la Constitución de BadenWürttemberg de 1953: “El Estado tiene la misión de servir al ser humano para tal fin (el desenvolvimiento de su libertad). El Estado reúne a los seres humanos que habitan en su territorio en una comunidad ordenada, les otorga protección y estímulo y promueve a través de las leyes y los mandamientos una compensación de los derechos y deberes mutuos”.

Un ejemplo conciso más es el del artículo 2o., inciso 1, de la Constitución de Grecia de 1975: “El respeto y la protección de la dignidad del ser humano es obligación fundamental del Estado”.

¹⁸⁸ Por ejemplo, artículos 9o. (fines fundamentales del Estado), 60 inciso 2, 63 inciso 2, 81 de la Constitución de Portugal; artículo 9o., inciso 2 de la Constitución española.

¹⁸⁹ Artículo 41, inciso 1, frase 1, de la Constitución de Berna de 1993: “El cantón y los municipios protegen y fomentan la salud”.

¹⁹⁰ Véase al respecto Häberle, P., “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, vol. 30, 1972, pp. 43, en especial 103 y ss.

(El “padrinazgo” del artículo 1o., inciso 1, de la LF es evidente, como también lo es respecto del artículo 30 de la Constitución de Polonia.)

El pensamiento en términos de tareas conquista, textualmente, incluso derechos fundamentales clásicos, como la libertad de prensa,¹⁹¹ también el matrimonio y la familia,¹⁹² el principio de igualdad,¹⁹³ o nuevos derechos de participación cultural.¹⁹⁴ Se encuentran próximos a los “deberes fundamentales”,¹⁹⁵ y se hallan incluso en los fines de la educación.¹⁹⁶ Por la vía (el rodeo) de estos últimos, el pensamiento en términos de tareas llega incluso hasta el ser humano individual.¹⁹⁷ Destinatario puede ser el Estado, pero también la economía.¹⁹⁸ Los artículos de promoción son una variante en la evolución de la competencia puramente formal hacia la tarea (estatal).¹⁹⁹

En forma paralela al terreno que han ganado los mandatos constitucionales corre la penetración de las cláusulas de defensa (*Schutzklauseln*), frecuentemente referidas a derechos fundamentales, las cuales se conquistan cada vez más temas y campos problemáticos, sobre todo en relación con el

¹⁹¹ Cfr. por ejemplo, el artículo 111 de la Constitución bávara de 1946: “La prensa tiene la tarea de informar... sobre sucesos de la vida pública al servicio de la idea democrática”. Artículo 67 de la Constitución de Usbekistán (1992): “*responsibility for trustworthiness*”.

¹⁹² Artículo 41, inciso 3, núm. 1, de la Constitución de Irlanda de 1937.

¹⁹³ Cfr. por ejemplo el preámbulo de la Constitución de Guatemala de 1985.

¹⁹⁴ Cfr. el artículo 34, inciso 2, frase 2, de la Constitución del Sarre: “Deberá facilitarse a todas las capas del pueblo la participación en los bienes de la cultura”.

¹⁹⁵ Por ejemplo, el artículo 59a, inciso 1, frase 1, de la Constitución del Sarre: “La protección de las bases naturales de la vida está encomendada al cuidado especial del Estado y de cada individuo”. Artículo 12, inciso 3, de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania: “Todos están obligados a contribuir a la realización de los fines indicados en los incisos 1 y 2”. Artículo 82 de la Constitución de Polonia (1997): “Es deber de todo ciudadano polaco la lealtad hacia la República de Polonia y la preocupación por el bien común”.

¹⁹⁶ Artículo 101, inciso 1, de la Constitución de Sajonia (1992): “La juventud deberá educarse... en la conservación del ambiente, el amor a la patria...”.

¹⁹⁷ Cfr. el artículo 26 de la Constitución del Sarre: “La docencia y la educación tienen el fin de formar a los jóvenes, de modo que puedan cumplir con su tarea en la familia y la sociedad”.

¹⁹⁸ Por ejemplo, el artículo 51, inciso 1, de la Constitución de Renania-Palatinado: “La economía tiene la tarea...”.

¹⁹⁹ Artículo 41, inciso 3, frase 1, de la Constitución de Berna (1993): “El cantón y los municipios promueven la ayuda y los cuidados en casa”. Artículo 34, inciso 1, de la Constitución de Georgia (1995): “*The state promotes the development of culture...*”.

medio ambiente²⁰⁰ y la cultura,²⁰¹ el trabajo²⁰² y la economía.²⁰³ Cada vez se utiliza más al Estado al servicio de fines más detallados. Remitimos por ello al socorrido modo indicativo y al tiempo presente (“se encuentra bajo protección del Estado”).²⁰⁴ Una categoría propia (aunque más débil) del pensamiento en términos de tareas son las cláusulas sobre el “cuidado”, como el artículo 21, inciso 3, de la Constitución de Grecia de 1975 (“El Estado velará por la salud de los ciudadanos...”; véase también el inciso 4, ahí mismo: “El otorgamiento de vivienda para las personas que carezcan de ella o vivan en condiciones inadecuadas es objeto de especial cuidado por el Estado”).²⁰⁵ Se trata de un elemento estructural esencial en los textos de la Constitución de los Países Bajos de 1983.²⁰⁶ Sobre todo los “derechos fundamentales sociales” (derechos de participación) se presentan en esta forma, con lo cual se

²⁰⁰ Por ejemplo, el artículo 9o., inciso 2, de la Constitución de Italia de 1947. Artículo 39, inciso 3, de la Constitución de Brandemburgo de 1992: “Los animales y las plantas son respetados como seres vivos. Deben conservarse y protegerse las especies y su hábitat”.

²⁰¹ Artículo 9o. de la Constitución del Vorarlberg de 1984: “Educación y cultura. El *Land* reconoce el cultivo de la ciencia, la educación y el arte, así como de la patria. Respeta la libertad, independencia y diversidad de la vida cultural, así como el derecho de cada quien de participar en ella”. Véase también el artículo 10 de la Constitución de Benín (1990).

²⁰² Artículo 49, inciso 1, de la Constitución de Bremen (1947): “El trabajo humano goza de la protección especial del Estado”. Artículo 40 de la Constitución de Renania-Palatinado de 1947: “Protección del trabajo intelectual”. En forma similar el artículo 28 de la Constitución de Burkina Faso (1997).

²⁰³ Artículo 45, inciso 4, núm. 1, de la Constitución de Irlanda: “El Estado se compromete a promover con especial cuidado los intereses económicos de los grupos económicamente más débiles...”.

²⁰⁴ Artículo 21, inciso 1 de la Constitución de Grecia: “La institución de la familia, en cuanto fundamento de la preservación y mejoramiento de la nación, así como el matrimonio, la maternidad, y la infancia, serán protegidos por el Estado”. Artículo 24, inciso 6, de la misma Constitución: “Los monumentos y sitios históricos serán protegidos por el Estado”. Artículo 40, inciso 3.2, de la Constitución de Irlanda: “El Estado protege a través de sus leyes, en particular y de la mejor manera que le sea posible, contra ataques injustos, y en el caso de que se haga injusticia, reivindicará la vida, la persona, el buen nombre, y los derechos de propiedad de cada ciudadano”. Artículo 30, inciso 3, de la Constitución de Turingia de 1993: “El deporte goza de protección y promoción por el *Land* y sus corporaciones territoriales”.

²⁰⁵ Véase también la Constitución de Luxemburgo, artículo 11, inciso 5: “La ley tendrá cuidado de la seguridad social, de la protección de la salud y del descanso de los trabajadores y garantiza las libertades sindicales”.

²⁰⁶ Artículo 19, inciso 1. “La creación de empleos suficientes es objeto del cuidado de las autoridades...”. Artículo 20, inciso 1, ahí mismo: “Será objeto del cuidado de las autoridades asegurar los medios de subsistencia de la población y lograr la distribución de la riqueza”. Artículo 21: “Será objeto del cuidado de las autoridades mantener el país habitable, así como la protección y el mejoramiento del ambiente”. Artículo 22, inciso 2: “Será objeto del cuidado de las autoridades la provisión de suficiente espacio para vivir”.

debilita su contenido como derechos públicos subjetivos y son reducidos a lo objetivo, lo puramente programático. Una forma paralela la constituyen los giros desarrollados en Suiza: “El Estado adopta medidas...” (*v. gr.*, para la promoción de la familia²⁰⁷ o de los derechos sociales).

El cambio en el estilo de la normación así como la tendencia hacia el “pensamiento en términos de tareas” puede advertirse incluso en el mismo documento constitucional, modificado en forma especialmente concisa en Suiza, aunque pueden constatarse formas mixtas entre las simples normas competenciales y las de tareas (ocasionalmente en el mismo artículo (!)). Una característica del proyecto de revisión total de la Constitución federal de 1977²⁰⁸ es que el pensamiento en términos de tareas se encontraba fuertemente (¿en exceso?) en primer plano, lo que trata de corregir el nuevo proyecto de 1995.

Muchos temas que eran normados como simple competencia en las anteriores etapas evolutivas del Estado constitucional adoptan actualmente la forma de cláusulas de tareas. La Constitución federal austriaca de 1920 es típica de la etapa textual anterior. En cambio, la Constitución de Portugal inventa un nuevo terreno para el pensamiento en términos de tareas al formular la función de la jurisdicción.²⁰⁹

Los programas clásicos y (en retrospectiva) la normatividad “*unidimensional*” de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 se han transformado en la pluralidad y diversidad de estratos de los contenidos de los derechos fundamentales en las Constituciones más recientes. Los derechos fundamentales se presentan ya en su texto no sólo como derechos públicos subjetivos, en el sentido del “*statusnegativus*”, sino como conjunto *pluridimensional* con múltiples “contenidos parciales” (aparte de que sus “temas” se han incrementado numéricamente hablando).²¹⁰ La política de los derechos fundamentales es la finalidad del constituyente. En interacción con la dogmática común europea de los derechos fundamentales, que se ha diferencia-

²⁰⁷ *Cfr.* el § 38 de la Constitución del Cantón de Aargau de 1980.

²⁰⁸ Citado en *JöR*, vol. 34, 1985, pp. 536 y ss.

²⁰⁹ Artículo 202, inciso 2: “En la administración de la justicia corresponde a los tribunales asegurar la defensa de los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos, reprimir la violación de la legalidad democrática y dirimir los conflictos de intereses públicos y privados”.

²¹⁰ Un derecho fundamental “nuevo” era y es, por ejemplo, la libertad de manifestación. *Cfr.* El artículo 8o., lit. g, de la Constitución del Cantón del Jura, el artículo 45, inciso 2, de la Constitución de Portugal, el artículo 33, de la Constitución de Guatemala, el artículo 29, inciso 1, lit. d, de la Constitución de Uganda (1995), el artículo 32 de la Constitución del Paraguay (1992), y también el derecho de “ejercer el periodismo” (artículo 29, incisos 1 a 3 de esta última Constitución).

do, los textos constitucionales mismos se han vuelto pluriformes, mientras que, a la inversa, los textos recientes incitan a la dogmática a un mayor refinamiento.

Antes como ahora, es frecuente que las diversas capas, dimensiones y tareas (también “temas”) de los derechos fundamentales aparezcan de modo fragmentario en el texto de las Constituciones, hasta que la evolución de la jurisprudencia, la dogmática y la realidad de los derechos fundamentales “lleven andando” varios años. Sin embargo, el cuadro textual es suficientemente diverso. Los derechos fundamentales, o algunos momentos de ellos en particular, se extienden a todas las partes del texto del documento constitucional: desde sus preámbulos, pasando por la parte relativa a los derechos fundamentales hasta la parte orgánica, con lo cual ésta, en su materia, también “crece” textualmente para “encontrarse” con las tareas del Estado, o viceversa.

Antes como ahora subsisten grandes diferencias entre los distintos pueblos, de acuerdo con su propia cultura constitucional, pero tendencialmente puede observarse un fuerte incremento y refinamiento de los contenidos de los derechos fundamentales. El ropaje lingüístico va desde la consagración más bien simbólica de los derechos fundamentales en los preámbulos, hasta su garantía normativamente precisa como derechos subjetivos, como “principio” o institución, y como “realización” de tales derechos a través de la organización y el procedimiento. Rara vez se manifiestan textualmente en el derecho fundamental particular, al mismo tiempo, todas las capas y dimensiones posibles, pero siempre son posibles los préstamos interpretativos con el derecho fundamental vecino.

Ahora, por lo que se refiere a la ubicación sistemática. La idea de los derechos fundamentales se ha ubicado en el “corazón” de algunas Constituciones nuevas, en los preámbulos, y con ello se incrementa su valor. Nos encontramos varios ejemplos al hablar de los “textos funcionales”. Con frecuencia, los derechos fundamentales se anticipan, en forma de principios, en los preámbulos, a pesar de que, o precisamente porque, a continuación se expone un catálogo detallado de derechos fundamentales; a menudo también son formulados de manera directa, o según su materia, en la parte sobre las competencias y tareas del Estado. En ocasiones los derechos fundamentales son trasladados, parcial o totalmente, a la parte relativa a las bases de la Constitución.²¹¹

²¹¹ Por ejemplo, el artículo 2o., inciso 1, de la Constitución de Grecia. “El respeto y la protección de la dignidad humana constituyen una obligación fundamental del Estado”.

Unas palabras sobre la creciente diversidad de capas, orientaciones y dimensiones: la forma del derecho clásico a la no interferencia (*Abwehrrecht*) también encuentra su lugar en los nuevos textos.²¹² El estilo de normación jurídica objetivo-institucional²¹³ también se encuentra con frecuencia, pero unas veces se indica el elemento del derecho individual, y otras se encuentran entrelazados ambos aspectos.²¹⁴ También son familiares para el constituyente los valores y los principios como forma.²¹⁵ La versión social de los contenidos de los derechos fundamentales avanza visiblemente: en forma de derechos fundamentales sociales y culturales o de derechos de participación.²¹⁶ La garantía de los derechos fundamentales bajo el “ropaje” de las tareas del Estado casi forman legión.²¹⁷ Incluso la dogmática de la realización de los derechos fundamentales “a través de la organización y el proce-

²¹² Por ejemplo, el artículo 5o., inciso 3, de la Constitución de Grecia: “La libertad de la persona es inviolable”. Artículo 45, inciso 2, de la Constitución de Portugal: “Se reconoce a todos los ciudadanos el derecho de manifestación”. Artículo 38 de la Constitución española: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Artículo 10, inciso 1, de la Constitución de los Países Bajos: “Todos tienen derecho al respeto de su vida privada”. Artículo 33 de la Constitución del Paraguay: “Derecho a la privacidad”.

²¹³ Sobre la dogmática, véase Hesse, K., *op. cit.*, pp. 112 y ss.; Häberle, P., *Das Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3a. ed., 1983, pp. 70 y ss., 332 y ss.

²¹⁴ Por ejemplo, el artículo 9o., inciso 1 de la Constitución de Grecia: “El domicilio de toda persona es inviolable”. Artículo 16, inciso 1, frase 1: “El arte y la ciencia, la investigación y la docencia son libres; su desarrollo y promoción constituyen una obligación del Estado”.

²¹⁵ Por ejemplo, artículo 21, inciso 1, de la Constitución de Grecia: “La institución de la familia, en cuanto fundamento de la preservación y mejoramiento de la nación, así como el matrimonio, la maternidad y la infancia, serán protegidos por el Estado.” Artículo 1o., inciso 1, de la Constitución española: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Artículo 10, inciso 1, de la misma Constitución: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamentos del orden político y de la paz social”.

²¹⁶ Por ejemplo, artículo 16, inciso 4, de la Constitución de Grecia: “Todos los griegos tienen derecho a educación gratuita...”, § 16 de la Constitución del Cantón de Basilea-Comarca: “Todos tienen derecho a la ayuda y protección en situaciones de necesidad y a los medios necesarios para una vida humanamente digna”. Artículo 19, inciso 1, de la Constitución de los Países Bajos: “La creación de empleos suficientes es objeto del cuidado de las autoridades...”.

²¹⁷ Artículo 20, inciso 2, de la Constitución de los Países Bajos: “Las reglas relativas a los derechos a la seguridad social serán establecidas mediante ley del Parlamento”. Artículo 72, inciso 1, de la Constitución de Polonia (1997): “La República de Polonia velará por la protección de los derechos del niño...”.

dimiento”²¹⁸ ha dejado ya sus huellas en los textos.²¹⁹ En ocasiones, los derechos fundamentales se incorporan textualmente ya en el canon de los fines de la educación²²⁰ y la transición hacia el tema de los “deberes de protección”²²¹ del Estado es fluida.²²²

Resulta evidente que el constituyente moderno tiene presente el rico cuadro de los contenidos de los derechos fundamentales desarrollados por la dogmática y la jurisprudencia. La mayoría de las veces norma solamente algunas dimensiones de un derecho fundamental (por ejemplo, en el apartado mismo de los derechos fundamentales o en el de las tareas del Estado) y con frecuencia únicamente una de ellas. Esto no impide que la subsecuente “evolución” desenvuelva otras dimensiones, ya sea por la vía de la comparación jurídica interna (analogías con los derechos fundamentales vecinos) o por la de la diversidad de ejemplos que ofrecen otros Estados constitucionales.

La realidad, o más precisamente, la transformación de los contenidos normativos en la correspondiente realidad, es un tema que fascina a las Constituciones con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En la medida en que la teoría del Estado ha descubierto su dimensión como “ciencia de la realidad”, sobre todo gracias a H. Heller,²²³ el constituyente manifiesta en sus textos que para él no es suficiente su normatividad “ideal”, sino que

²¹⁸ Sobre la dogmática, véase Hesse, K., *Grundzüge*, cit., pp. 160 y s.; Häberle, P., *Grundrechte im Leisungsstaat*, cit., pp. 86 y ss., 121 y ss.

²¹⁹ Por ejemplo, artículo 38, inciso 6, de la Constitución de Portugal; § 14, inciso 1, de la Constitución del Cantón de Basilea-Comarca: “Los derechos fundamentales deben aplicarse a todo el orden jurídico” (igualmente el artículo 27, inciso 1, de la Constitución de Berna de 1993). El artículo 24 del Proyecto de Constitución Federal de Suiza (1977): “Los derechos fundamentales deben aplicarse a toda la legislación, especialmente en las disposiciones orgánicas y procesales”.

²²⁰ Por ejemplo, artículo 22, inciso 3, de la Constitución del Perú: “Las clases sobre la Constitución y los derechos humanos son obligatorias en las instituciones educativas civiles”. Artículo 72, inciso 2, de la Constitución de Guatemala: “El Estado tiene un interés nacional en la educación... y en la introducción sistemática a la Constitución del Estado y los derechos humanos”.

²²¹ Sobre la dogmática Hesse, K., *Grundzüge*, cit., pp. 155 y s. Cfr. recientemente BVerfGE 89, 276; 90, 145 (195); 92, 26 (46); 95, 193 (209).

²²² Por ejemplo, el artículo 43, inciso 1, de la Constitución española: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”. Artículo 49 de la Constitución del Cantón de Uri: “El cantón y los municipios se ocupan en sus actividades de la protección del hombre, de su ambiente y de su espacio vital”. Artículo 7o. de la Constitución del Perú: “La madre tiene derecho a la protección del Estado...”. Artículo 3o. de la Constitución de Guatemala: “El Estado garantiza y protege la vida desde la concepción, así como la intangibilidad y la seguridad de la persona”.

²²³ Heller, H., *op. cit.*, pp. 63 y ss.

quiere una “normalidad social” conforme con la Constitución, una realidad efectiva de los derechos fundamentales. Dos técnicas de normativización cristalizan en los cuadros textuales hoy día: por un lado, los cláusulas sobre la realización de los derechos fundamentales,²²⁴ y por el otro, los artículos en los que el constituyente pretende “reencontrar” en la realidad sus directivas normativas, sobre todo en relación con las tareas del Estado: como cláusulas de desarrollo.

Pionero en este sentido es el artículo 3o., segundo párrafo, de la Constitución italiana de 1947:

Es misión de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

El artículo 9o., inciso 2, de la Constitución española dispone:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.²²⁵

Un antecedente de las cláusulas de realización de los derechos fundamentales es el artículo 42, inciso 3, núm. 2, de la Constitución de Irlanda de 1937.²²⁶

Las cláusulas de desarrollo se encuentran en el artículo 15, inciso 2, de la Constitución de Grecia de 1975 (“La radio y la televisión... procurarán... salvaguardar en sus emisiones, en todo caso, el nivel de calidad que resulte

²²⁴ Al respecto, Starck, C., “Europas Grundrechte im neuesten Gewand”, *FS H. Huber*, 1982, pp. 467, 481 y ss.

²²⁵ El proyecto de revisión total de la Constitución federal suiza, de 1977 (citado en *JöR*, vol. 24, 1985, pp. 536 y ss.), también se guía por este estilo de razonamiento y normación orientado a la realización. Artículo 24: “Realización de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales deben aplicarse a toda la legislación, especialmente en las disposiciones orgánicas y procesales”. Lo sigue, por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución del Cantón de Uri (1984) (citado en *JöR*, vol. 34, 1985, pp. 467 y ss.): “Realización de los derechos fundamentales”.

²²⁶ “Sin embargo, el Estado, como guardián del bien común, debe exigir, con vistas a las condiciones existentes, que los niños reciban un cierto mínimo de educación moral, intelectual y social”.

necesario respecto de su función social y el desarrollo cultural del país”)²²⁷ y se generaliza en el artículo 25, inciso 2, de la misma Constitución (“El reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales e inalienables del hombre por el Estado tendrá por objeto lograr el progreso social en libertad y justicia”).

c. Procesos de diferenciación y transformación

La riqueza formal de los textos constitucionales y la “correlativa” diversidad dogmática de los contenidos son grandes, cuando, como sucede aquí, se va más allá, de modo comparativo, de la respectiva Constitución de un pueblo, y se enriquece la diversidad de ejemplos con los provenientes de tantas democracias occidentales como sea posible.

Lo que se puede observar es una diferenciación progresiva, a la que apunta ya incluso la cantidad creciente de los artículos de las diversas Constituciones; y esta observación se deriva con mayor razón del análisis cualitativo. Los “procesos de crecimiento” y las “etapas evolutivas” del tipo del Estado constitucional se manifiestan en un refinamiento de los medios y las posibilidades del texto. Cuando el texto es insuficiente o fragmentario, la interpretación constitucional posterior asume la tarea de “hacer” una diferenciación con base en otros ejemplos textuales. Aquí una constatación: si bien el texto del artículo 6o., inciso 1, de la LF está formulado como derecho objetivo, de él se han derivado tres dimensiones protectoras (BVerfGE 6, 55):²²⁸ “derecho fundamental clásico”, “garantía institucional” y “norma fundamental valorativa”. Estas dimensiones también se han manifestado en alguna medida en otros derechos fundamentales. Es en esta medida que el material textual de diferenciación del constituyente actúa potencialmente de modo universal, porque está presente para el intérprete incluso donde el constituyente (todavía) no lo ha introducido. ¡La idea de la efectivización de los derechos fundamentales ha desplegado una dinámica tal que se han desarrollado prácticamente todas las dimensiones y “estratos” imaginables!

Lo característico es que cada vez se interrelacionan más fuertemente, en sus elementos típicos, las partes dogmática y orgánica de la Constitución, a pesar de su separación externa (“bifurcación de la Constitución”), pues

²²⁷ Artículo 16, inciso 2, de la misma Constitución: “La educación constituye un objetivo fundamental del Estado y tiene por propósito la instrucción moral, intelectual, profesional y física de los griegos, el desarrollo de la conciencia nacional y religiosa, así como la formación de ciudadanos libres y responsables”.

²²⁸ Véase al respecto Häberle, P., *Verfassungsschutz der Familie*, 1984, pp. 28 y ss.

los elementos formal-orgánicos se encuentran también en el apartado de los derechos fundamentales (“protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento”), pero en las normas sobre los fines del Estado se esconden también derechos públicos subjetivos (derechos sociales derivados de las cláusulas sobre el Estado social).²²⁹ Los mandatos constitucionales y los elementos programáticos se encuentran también en el apartado de los derechos fundamentales, así como hay elementos eminentemente materiales que se encuentran asimismo en el derecho orgánico de apariencia puramente formal. La “*unidad de la Constitución*” realiza también aquí su obra: ambas partes de la Constitución sirven en última instancia a *una sola res publica*. A esto se agrega la creciente juridificación. Las tareas del Estado son (nuevamente) concebidas en última instancia en la perspectiva de los derechos fundamentales.

Si intentamos reducir a unos cuantos términos clave la creciente riqueza formal de la evolución más reciente de los textos constitucionales, y de dar nombre a las tendencias, tendremos la siguiente relación:

- La evolución de la competencia puramente formal hacia la tarea sustantiva.
- La utilización deliberada de normas de reconocimiento, valores fundamentales y estructurales, junto con garantías de identidad, en diversos ámbitos y variantes (por ejemplo, en las cláusulas “en el espíritu”).
- El incremento en las cláusulas de protección en diversas variantes (incluyendo cláusulas sobre el “patrimonio cultural” y las normas de defensa de la Constitución).
- La incorporación de cláusulas de ponderación, jerarquía y compensación.
- El enriquecimiento de la Constitución en todas sus partes con numerosas normas de tareas (también e inclusive en el preámbulo).
- La ampliación de los derechos fundamentales a través de normas que establecen tareas relacionadas con ellos.

En resumen, esto conduce a una gran cantidad, ocasionalmente excesiva, de normas, valores y materiales de los nuevos textos constitucionales (ejemplos: Constitución de Portugal de 1976-1992, también la de Guatemala de 1985), lo que ya se manifiesta en el número de artículos (298 en

²²⁹ Cfr. § 16, inciso 1, de la Constitución del Cantón de Basilea-Comarca, y el artículo 102 de la Constitución de Guatemala (“derechos sociales mínimos”).

Portugal). Las Constituciones incorporan cada vez mayor número de contenidos, y cada vez de manera más diferenciada, y amenazan en ocasiones con sobrecargarse y excederse en lo programático (y en lo político), dando lugar a la “*retórica constitucional*”, la cual, usada de manera moderada, tiene su razón de ser. Las Constituciones “prometen” mucho (quizá demasiado), y a causa de ello se dan numerosos conflictos de objetivos. Aquí hay que hacer referencia al peligro del déficit de normatividad debido al exceso de contenidos, no en el sentido de una “vuelta” a la noción de Constitución y de Estado puramente instrumentales y formales que enfatiza su función limitativa, sino en el de una línea media del “no sólo esto, sino también lo otro” de directivas sustantivas y limitaciones más bien formales (la Constitución como “estímulo y límite” en el sentido de R. Smend), de normas que se refieren al *status quo*, pero que también “proyectan” (“pequeñas utopías”), de principios valorativos y delimitaciones “positivistas”, de llamados del constituyente a la razón y al mundo de la emoción, a la *ratio* y la *emotio*, y por tanto, al hombre y al ciudadano en plenitud. Lo evidente es de qué modo las diversas funciones de la Constitución ejercen retroalimentación sobre su forma “externa” y cómo hay que trabajar en forma específica para cada ámbito.

C. *Consecuencias*

a. En el plano de la interpretación constitucional

¿Es posible entender los métodos de la interpretación constitucional de la manera tan “general” como se ha hecho hasta ahora? ¿Acaso no es preciso hacer una mayor diferenciación según el objeto y el ámbito de que se trate? Sin duda los preámbulos son derecho constitucional plenamente vigente (*cf.* BVerfGE 36, 1, 16 y s.), pero con ello apenas comienzan los problemas. Su “interpretación” debe ser específica, debe desentrañar dimensiones culturales profundas, distinguirse de otros complejos de normas más formales; piénsese en las normas de competencia y en el derecho orgánico. O bien: los “programas constitucionales” como los de los deberes fundamentales²³⁰ o los mandatos constitucionales, como el del artículo 60., inciso 5, de la LF, requieren métodos de interpretación altamente “productivos”; algo distinto sucede con las cláusulas de simple recepción, que recogen lo existente, por

²³⁰ *Cfr.* Hofmann, H., “Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension”, *VVDStRL*, vol. 41, 1983, pp. 42 (79 y s.); O. Luchterhand, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, 1988.

ejemplo, conforme al artículo 68 de la Constitución de Bremen (“La Ciudad Libre Hanseática de Bremen tendrá el escudo y la bandera que ha tenido hasta ahora”), o también el artículo 140 de la LF. Su forma clásica, las garantías del *status quo*,²³¹ si bien no deben interpretarse en el sentido de la “teoría de la petrificación” austriaca, pero aquí podría tener particular peso el método subjetivo-histórico de interpretación. En mi opinión, es preciso hacer una mayor diferenciación según la “materia de los objetos”, los que, por su parte, asumen un ropaje lingüístico distintivo. La capacidad de concretización que se requiere del intérprete es muy diferente, dependiendo del grado de abstracción de las normas.

b. En el plano de la teoría constitucional

El reconocimiento de la diferenciación de los textos constitucionales en cuanto a su lenguaje, contenido y funciones, bien podría servir para moderar numerosos conflictos: por ejemplo, entre una concepción “instrumental” y otra “material” de la Constitución; entre la interpretación de la Constitución como “manual fundamental formal”, “*instrument of government*” (W. Hennis), y su concepción como “plan estructural normativo” para la configuración jurídica de una comunidad (A. Hollerbach);²³² entre su calificación como simple “ordenamiento marco” y un mayor contenido y extensión de su texto; entre las posiciones del decisionismo y la del énfasis en lo normativo; entre la “limitación” y la “tarea”. La solución debe buscarse en un “esto y también lo otro”. En efecto, existen normas y ámbitos de la Constitución que deben interpretarse de manera más bien “*instrumental*”, y otros de modo más “*material*”; campos en los que la Constitución destaca, y así debe hacerlo, más la organización y el procedimiento, y otros en los que lo son los objetivos sustantivos; hay temas y ámbitos que la Constitución “excluye” (por ejemplo, el artículo 137, inciso 3, de la Constitución de Weimar/140 de la LF), y aquellos que integra de manera deliberada. En el debate tradicional se trata frecuentemente de la absolutización de criterios particulares. Y no es ninguna casualidad que sea Suiza la que, desde los años sesenta y luego nuevamente en los noventa, haya creado, a nivel cantonal, muchos ejemplos

²³¹ Por ejemplo, el artículo 150, inciso 2, de la Constitución de Baviera: “Se mantienen las facultades teológicas en las escuelas superiores”.

²³² Hollerbach, A., “Ideologie und Verfassung”, *Ideologie und Recht*, ed. por W. Maihofer (1968), pp. 37 (46).

afortunados de buenos textos constitucionales,²³³ y el que, en su “pragmatismo” frecuentemente citado, haya escogido numerosos tipos “mixtos” de textos, con lo cual no se fija en una *sola* concepción de Constitución. De este modo Suiza vuelve a convertirse en un ejemplo de “compromiso”.

c. En el plano de la política constitucional

La política constitucional puede sentirse animada, ya que los diversos constituyentes nacionales (locales o cantonales) han elaborado un rico tesoro, incluso una rica fábrica de formas diversas.

Algunas cosas se vuelven borrosas en los compromisos políticos, en la medida en que el proceso constituyente en las democracias pluralistas es y debe ser un proceso de compromisos. Pero debe recomendarse al constituyente, como máxima, utilizar de manera consciente la distinción, pero también el contexto, en la diversidad lingüística de sus textos, así como la pluralidad teórico-dogmática y funcional. Lo técnico-jurídico y formal, por ejemplo, en el derecho parlamentario, tiene trasfondos sustantivos muy determinados. También las posibilidades irracionales del lenguaje deben utilizarse de modo muy dosificado, pero consciente. Finalmente, el político constitucional debe utilizar las modificaciones constitucionales de manera muy deliberada en su texto.²³⁴

D. *Perspectivas*

Sin importar cuántos estratos tenga una Constitución en su conjunto, o más bien la disposición constitucional particular, cuán “difusa” pueda ser ocasionalmente, qué tanta riqueza de formas y contenidos tenga, la Constitución manifiesta en esta diversidad creciente su vitalidad, su capacidad de evolucionar, su actualidad y su no disminuida fuerza vital, es decir, también,

²³³ Véase al respecto Häberle, P., “Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene”, *JöR*, vol. 34, 1985, pp. 303 y ss.

²³⁴ El tema “protección del ambiente” ha sido incorporado unas veces en los preámbulos (así, la Constitución de Hamburgo), en ocasiones como disposiciones sobre los fines del Estado (artículo 3o., inciso 2, de la Constitución de Baviera, en ocasiones como objetivos de la educación (artículo 131, inciso 2, de la Constitución de Baviera; artículo 30 de la Constitución del Sarre). Algo similar puede decirse de las Constituciones de los nuevos *Länder* (por ejemplo, la Constitución de Brandemburgo; el preámbulo y el artículo 28). Esto tiene “efectos lejanos” todavía no aclarados sobre otras partes de la Constitución, como los catálogos de derechos fundamentales.

su normatividad y su proximidad a la realidad. La admonición de Georges Burdeau (de 1956) sobre “Une survivance: la notion de constitution”,²³⁵ no se ha hecho realidad, sino que más bien aumenta a nivel mundial la fuerza de atracción del Estado constitucional, y esto significa también la *res publica* de los textos constitucionales escritos. Este Estado ha reaccionado a los nuevos procesos evolutivos en forma de una actualización y una diferenciación sensibles de sus textos, e incluso ha logrado actuar, es decir, regular la realidad. Las normas de todo tipo sobre las tareas del Estado lo demuestran, como también el catálogo de derechos fundamentales. El Estado constitucional ha procesado la “realidad” social (y también lo ha hecho la legislación), en textos nuevos o modificados. Sin importar que en toda democracia pluralista haya textos constitucionales que no se han cumplido en alguna medida, visto en conjunto el tipo del Estado constitucional atlántico/europeo común, en los textos constitucionales se refleja mucha realidad, configuradora y configurada. La realidad no “denuncia” a los textos, sino que los textos indican mucha realidad (constitucional). Independientemente de los déficit particulares, apenas puede sobreestimarse, en su importancia para la legitimación del Estado constitucional, la inventiva de los constituyentes en materia de diversidad de formas y riqueza de funciones, variabilidad del lenguaje y pluralidad de estratos de sus textos, así como la derivación de numerosas formas mixtas. Actualmente se espera más bien demasiado de las Constituciones, aunque con matices nacionales: en la República Federal de Alemania, la Constitución es casi un “sustituto de la religión”, mientras que Inglaterra posee otras posibilidades de identificación, Austria le da a la Constitución más bien poco, Suiza mantiene el medio afortunado, no en último término gracias a su doctrina constitucional. Pero las diferencias son también prueba de la vitalidad de la Constitución y de sus textos.

2. *Diversidad de funciones de los textos constitucionales*

A. *Planteamiento del problema*

Todas las explicaciones antiguas y nuevas sobre la noción “correcta” de Constitución, Estado, derechos fundamentales, se refieren en el fondo a la función de las disposiciones constitucionales, a pesar del nivel de generalidad en que permanecen frecuentemente: ya sea en la concepción de

²³⁵ En *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, 1956; también en *Der Staat*, vol. 1, 1962, pp. 389 y ss.

H. Ehmke de la Constitución como limitación y racionalización del poder y como garantía de libertad en el proceso de la vida política;²³⁶ en la interpretación de W. Kägi de la Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado;²³⁷ o en el énfasis de H. Heller en el proceso de la interacción consciente, planeada y organizada.²³⁸ Así como K. Hesse ha conjuntado aspectos particulares de esta discusión en un conjunto teórico equilibrado,²³⁹ en lo que sigue nos referiremos concisamente a las diversas especies y grupos normativos de los textos constitucionales que corresponden a las diversas concepciones de Constitución. A la inversa, el proceso de transformación de la tipología de textos elaborada de manera comparativa debería conducir a una aproximación en la controversia sobre la noción “correcta” de Constitución, por ejemplo, en relación con el enfoque culturalista.²⁴⁰ La diversidad de los textos ofrece, en mi opinión, suficiente material probatorio para la correspondiente noción “mixta” de Constitución, que deje atrás las tradicionales posiciones enfrentadas.

B. *Las funciones particulares de los textos en el marco de una concepción antropocéntrica de la Constitución*

a. *La concepción antropocéntrica de Constitución*

Los textos clásicos, pero también los más recientes, sugieren una concepción antropocéntrica de Constitución. Esta noción se manifiesta tanto en la función, todavía importante, de la delimitación, sobre todo en los textos tradicionales sobre los derechos fundamentales, como también en la plenitud de los textos constitucionales más recientes comprometidos con el pensamiento funcional, ya que, en última instancia, estas funciones se encuentran plenamente al servicio del ser humano, de su dignidad y libertad, e incluso igualdad. El nuevo mandato protector en materia de dignidad humana (artículo 1o., inciso 1, de la LF; § 5 de la Constitución del Cantón de Basilea-Comarca; artículo 31 de la Constitución de Polonia), y el texto clásico de la Declaración francesa de 1789 (artículo 2o.: “El fin de toda asocia-

²³⁶ Ehmke, H., *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953, pp. 88 y ss.

²³⁷ Kägi, W., *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, pp. 40 y ss.

²³⁸ Heller, H., *Staatslehre* (1934), pp. 228 y ss. (reimpr. 1963) (trad.: *Teoría del Estado*, 2a. ed., 1998, pp. 316 y ss.).

²³⁹ Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995, pp. 3 y ss.

²⁴⁰ Al respecto Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998.

ción política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”), todos los textos constitucionales, todo el Estado constituido y limitado por éstos, todas las normas de organización y procedimiento, así como todas las tareas del Estado, están ordenados en función del ser humano. Las nuevas “cláusulas de realización de los derechos fundamentales”²⁴¹ tienen también esta intención, lo mismo que los fines de la educación (artículo 26, núm. 1, de la Constitución de Bremen: “Respeto a la dignidad de todos los seres humanos”), así como todas las nuevas dimensiones y funciones de los derechos fundamentales, incluyendo las estructuras, por ejemplo, de participación, que se desarrollan bajo el ropaje de las tareas (del Estado).

El todo constituido por la función delimitadora clásica de los textos relativos a los derechos fundamentales, su nueva estructura de funciones, y las competencias estatales, se encuentran al servicio del ser humano, lo mismo que las normas estructurales como la “democracia en libertad”, el “Estado cultural y social de derecho”. Esto es válido también, y precisamente, para los nuevos y variados textos sobre la protección del ambiente: ya que llevan a la dignidad humana, que es premisa del Estado constitucional, hacia un “antropocentrismo moderado”; en interés de un mundo futuro humanamente digno pretenden proteger hoy el ambiente.²⁴² La dignidad humana es apreciada con vistas a las futuras generaciones en el horizonte del tiempo (véase el nuevo texto del artículo 141, inciso 1, frase 1, de la Constitución de Baviera: “conscientes también de su responsabilidad hacia las generaciones futuras”).

En vista de la penetración de la idea de la protección del ambiente (mediada por la “naturaleza como cultura” o “la protección de la naturaleza como tarea cultural”), puede llegarse a un antropocentrismo “moderado”, pero con ello no hemos encontrado todavía a un Kant “verde”.

b. Ratio y emotio

Si los textos constitucionales cumplen con diversas funciones al servicio del ser humano, resulta evidente que aun cuando no puedan captar “total-

²⁴¹ Ejemplo textual: artículo 3o., inciso 2, de la Constitución de Italia (1947). En forma similar, el artículo 9o., inciso 2, de la Constitución española.

²⁴² *Cfr.* preámbulo de la Constitución del Cantón de Aargau de 1980: “Responsabilidad ante Dios respecto de los seres humanos, la comunidad y el ambiente”. Preámbulo de la Constitución de Berna de 1993: “en la que todos convivan responsablemente ante la creación”; artículo 74, inciso 1, de la Constitución de Polonia de 1997: “Política que garantice a la presente generación y a las futuras seguridad ecológica”.

mente” a este ser humano en una Constitución de la libertad y el pluralismo, sí pretendan “abordar” los aspectos importantes para la comunidad política, por contrastantes que éstos sean.²⁴³ Este acercamiento al ser humano se produce, y se puede comprobar, en los textos constitucionales, sobre todo en dos campos: en el de la *ratio* y en el de la *emotio*.

Que el Estado constitucional se apoya en el ser humano como “ser racional”, es un lugar común que es reconocible en muchos textos antiguos y más recientes: en el principio de la división de poderes,²⁴⁴ en la referencia a los mismos derechos fundamentales de los demás (“regla de oro” o “imperativo categórico” de I. Kant), incluso en la “construcción” de la “Constitución” misma, en la organización de sus procedimientos, en la “ficción” del contrato social (desde I. Kant hasta J. Rawls), y en la creación y la garantía del derecho constitucional y del Estado de derecho.

El lado de la “*emotio*” ha sido descuidado hasta ahora por la teoría constitucional; en todo caso, no ha sido elaborado de manera precisa y comparativa a lo “largo” de los textos constitucionales clásicos y más recientes. Por ejemplo, “tocan” a la estructura emocional que también tienen los seres humanos el grupo de normas constitucionales que pueden clasificarse como cláusulas de reconocimiento, simbólicas y de valores fundamentales.²⁴⁵ Su función específica es captar la “*conditio humana*” desde el lado emocional y, por tanto, dar también más constitución a la *res publica* desde este lado. Ya sea en los preámbulos, en las garantías sobre días festivos o en los artículos relativos al idioma, la bandera y otros símbolos, los constituyentes configuran sus textos, en lenguaje y contenido, con vistas a esta función: dirigirse al ser humano desde el lado de lo irracional, de lo que “sobrepasa” a la razón, para hablar de lo importante de la Constitución, “ponerlos a tono”, incluso “ganárselos”.

Esta función se aprecia inclusive en los artículos “en el espíritu” y en las cláusulas sobre “el patrimonio cultural” y, en general, en los textos constitucionales sobre la cultura. La *emotio* a la que nos referimos aquí no sólo

²⁴³ Particularidades en Häberle, P., *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

²⁴⁴ *Cfr.* el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789: “ Toda sociedad en la que la garantía los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”.

²⁴⁵ Ejemplos textuales: artículo 1o., inciso 2, de la LF (1949): “Por tanto, el pueblo alemán reconoce que los derechos humanos inviolables e inalienables son el fundamento de toda comunidad humana”. Preámbulo de la Constitución francesa (1946): El pueblo francés proclama, además, “como particularmente necesarios” en nuestros días, los principios políticos, económicos y sociales siguientes: ... Artículo 1o., inciso 1, de la Constitución española: “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores de su ordenamiento jurídico”.

se encuentra en una relación de tensión, frecuentemente fructífera, con la racionalidad del Estado constitucional, sino que es capaz de darle un fundamento más profundo, en el *ciudadano como ser humano*. De ahí los textos de algunas Constituciones que se refieren a “artículos de fe” y las declaraciones de derechos humanos (sobre todo en los preámbulos). El Estado constitucional democrático vive también del consenso sobre lo irracional, y no sólo del discurso o del consenso y el disenso en relación con lo racional.

c. El “procesamiento” del tiempo

La forma textual de las disposiciones constitucionales es tan diversa, entre otras razones, porque pretenden y deben procesar el tiempo en distintas maneras. En forma específica, se dirigen al pasado, al presente y al futuro, y aquí encuentra su fundamento la diversidad de funciones de la Constitución en general.

Ciertos textos constitucionales incluyen al pasado o se refieren de manera específica a él: las “garantías de institutos” y las “garantías institucionales” clásicas descubiertas por la dogmática de un C. Schmitt, las demás cláusulas de recepción (sobre el *status quo*) de tipo antiguo, pero también las nuevas cláusulas sobre el patrimonio cultural.²⁴⁶

Esto conduce al presente y al futuro como “fases” siguientes en el eje del tiempo: la diversidad de nuevas formas y tipos textuales, que son la expresión del pensamiento funcional programático, pretenden ganar el futuro para el respectivo Estado constitucional. Este aspecto y esta función se manifiestan ahí donde los textos garantizan a la Constitución como “proceso público”, donde se organiza la “apertura de la Constitución” y se formulan (anticipadamente) los objetivos, proyectos, llamados, esperanzas, tareas. Esto sucede de manera muy diferenciada: desde el mandato de desarrollo en materia de los derechos humanos o de las tareas del Estado, pasando por el procedimiento de la modificación constitucional (revisión parcial o total), hasta el proceso constituyente en el marco del tipo del Estado constitucional.

Así alcanza la Constitución el “medio”, frecuentemente aludido como indispensable, entre duración y cambio, entre estática y dinámica, entre regulación y adaptación, entre configuración creativa y vigorosa conservación. El “esto pero también lo otro” de “procesos y contenidos” se dis-

²⁴⁶ Por ejemplo, el artículo 3o., inciso 2, de la Constitución de Baviera: “El Estado protege las bases naturales de la vida y la tradición cultural”, así como el artículo 9o., inciso 2, de la Constitución de Italia (1947).

tribuye, con acentos diversos, entre las distintas especies de disposiciones constitucionales, pero frecuentemente se encuentran en un solo complejo normativo (así en los preámbulos o en las garantías, de múltiples estratos, de los derechos fundamentales). El presente recurre a “estímulos” y obligaciones provenientes del pasado; formula esperanzas para el futuro imaginado como abierto. Existen “garantías del *status quo* cultural” del Estado constitucional, como la dignidad humana y la democracia, los derechos fundamentales (clásicos) y la división de poderes desde 1776-1789, así como textos clásicos de I. Kant o las experiencias almacenadas aquí en los textos, pero existe también un “*quantum* de utopía”. Así nos quedamos con la idea de que la Constitución es, en general, “estímulo y límite” (R. Smend), proceso público, y que es material, instrumental, valorativa, de principio y abierta. Sin embargo, los diversos textos constitucionales y los tipos de normas se distinguen más bien por ser lo uno o lo otro. Solamente su interrelación, su garantía al mismo tiempo en uno y el mismo documento constitucional de un pueblo, dicho en otras palabras, su “*mezcla*” en el Estado constitucional, es lo que les permite cumplir, en conjunto, con su función estabilizadora de ordenamiento y libertad, de crear unidad y diversidad plural, de poder actuar a la vez como fundamento y límite del poder.

d. Consenso básico y pluralidad

Los distintos textos constitucionales tienen la diversa función de crear, garantizar y desarrollar el consenso básico y la pluralidad en el Estado constitucional en su conjunto. Las cláusulas de reconocimiento, de valores fundamentales e identidad (por ejemplo, de “eternidad”), como en materia de “justicia social”, orden económico conforme con la dignidad humana, democracia, fijan a la Constitución en sus principios, apoyados en un consenso básico, cuya pretensión es encontrarse bajo la idea de lo “correcto”,²⁴⁷ es decir, realizar aspectos de la justicia y el bien común.²⁴⁸

Esta tarea de las Constituciones puede advertirse de manera precisa en los nuevos textos constitucionales y en sus funciones, y justamente en ellos. Las crecientes y diversificadas tareas del Estado (más recientemente

²⁴⁷ Bäumlin, R., *Staat, Recht und Geschichte*, 1961, p. 24.

²⁴⁸ *Cfr.* el artículo 110, inciso 1, de la anterior Constitución del Perú (1979): “El orden económico de la República se apoya en los principios de la justicia social, los cuales están dirigidos hacia el trabajo digno como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana”. En términos similares, el artículo 151 de la Constitución de Weimar (1919) y el artículo 151 de la Constitución de Baviera (1946).

te en materia de protección del ambiente) son derecho constitucional que tiene como objetivo al bien común.²⁴⁹ Y el tipo del “Estado constitucional” intenta renovadamente organizar los elementos de la justicia desde el lado procesal y material, en el sentido de H. Heller, mediante normas de tareas lo mismo que en los nuevos y clásicos contenidos de los derechos fundamentales (por ejemplo, en el “*due process*” o en las estructuras de participación).

La pluralidad, la “otra” función de garantía de los diversos principios constitucionales, lo mismo que de la Constitución en su conjunto, se encuentra detrás de las diversas “facetas” de los derechos fundamentales: de su función de límite (aseguramiento de un proceso abierto de la vida política), pero también de su estructura funcional (“tareas relativas a los derechos fundamentales” en interés de una óptima realidad de estos derechos para todos). Los “artículos del pluralismo”²⁵⁰ formulados recientemente en forma general (por ejemplo, en España) o especial (por ejemplo, respecto de la libertad de los medios de comunicación), pero también respecto de la protección de minorías, cumplen esta función de garantía de la *apertura* de la Constitución, y ello equivale a decir también *capacidad de evolución* de sus textos. Particularmente en el Estado federal se resuelve de manera óptima el “esto pero también lo otro” de la pluralidad y el consenso básico (diversidad política, económica y cultural y cláusulas de homogeneidad).

Puede ser que las tensiones en la relación entre consenso básico y pluralidad varíen en el tiempo y el espacio; por ello, el tipo del “Estado constitucional” requiere una pluralidad de textos, que garanticen la “mezcla” de ambos, como marco para la “avenencia y tolerancia” renovadas de los ciudadanos.

²⁴⁹ Un panorama de las cláusulas constitucionales sobre el bien común puede encontrarse en Häberle, P., *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 39 y ss.

²⁵⁰ Ejemplos textuales: artículo 1o., inciso 1, de la Constitución española (1978): “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; artículo 20, inciso 3, de la misma Constitución: “el acceso a dichos medios... respetando el pluralismo de la sociedad...”. Véase también el artículo 2o. de la Constitución de Portugal (1976-1982): “pluralismo de expresión y organización política democráticas...”. Las cláusulas contra la ideología de Estado en Europa oriental (por ejemplo, el artículo 15, inciso 2, de la Constitución de Ucrania de 1996) corresponden también aquí. Véase también el artículo 1o., inciso 2, de la Constitución del Paraguay (1992): “la democracia pluralista, la cual se funda en el reconocimiento de la dignidad humana”. En forma similar el preámbulo de la Constitución de Gabón (1997).

e. La función limitadora

La función de establecer límites (incluso entre los ciudadanos, por ejemplo, a través de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales),²⁵¹ la limitación del poder (en la relación entre el Estado y el ciudadano), el impedir el abuso de poder (por el lado del Estado y la sociedad), sigue siendo propia de muchas disposiciones constitucionales, antiguas y nuevas, y continúa siendo, en general, irrenunciable. Y esto en nada es alterado por ningún pensamiento en términos de tareas, por ninguno de los textos constitucionales recientes orientados a tareas en la más reciente etapa evolutiva textual. El canon de los derechos fundamentales clásicos, la división de poderes, la democracia como confianza limitada en “el gobierno temporal”, la organización precisa de los procedimientos, en los cuales se lucha por el bien común y se busca la justicia, todo esto puede tomarse con mucha precisión de los diversos tipos de texto, en su literalidad y en el fondo (por ejemplo, las normas sobre protección de minorías). Puede ser que aquí y allá el pensamiento en términos de tareas ahogue a los textos; no obstante, la doctrina del Estado constitucional debe aferrarse a esta función de los diversos textos constitucionales, así como de la Constitución como un todo. Las tareas permanecen limitadas. Bien entendidas, detrás de las crecientes normas de tareas (por ejemplo, tareas estatales referidas a los derechos fundamentales) se encuentra la preocupación por una libertad real en su dimensión “clásica” de no interferencia. El pensamiento en términos de tareas no es sino un elemento de “desarrollo y garantía de la vigencia de los derechos fundamentales”, por ejemplo, bajo la forma de un “*status activus processualis*”.

El artículo 1o., inciso 1, de la LF y el texto clásico del artículo 2o. de la Declaración francesa de 1789 “recuerdan” una y otra vez esta función de la fijación de límites, así como de su prórroga adecuada a la época.

f. Referencia a la realidad y configuración de la realidad

Se trata de la última función de las Constituciones y de sus diversos grupos y tipos de textos, y una que ha emergido al primer plano en la época más reciente. Hoy, la realidad no sólo es un tema principal de la ciencia

²⁵¹ Cfr. § 14, incisos 2 y 3 de la Constitución del Cantón de Basilea-Comarca (1984): “Quien ejerce sus derechos fundamentales debe respetar los de los demás. Nadie puede afectar los derechos fundamentales mediante el abuso de su posición de poder”. Cfr. también el artículo 27, inciso 1, de la Constitución de Berna (1993): “Los derechos fundamentales deben manifestarse en todo el orden jurídico”.

jurídica (F. Wieacker), sino que también ha adquirido centralidad el campo de fuerzas de la doctrina del Estado constitucional. Esto se manifiesta de diversas maneras: en general, por las disposiciones sobre fines del Estado y las normas fundamentales sobre el Estado social de derecho, sobre la “justicia social”; en los textos sobre las tareas especiales del Estado, que pretenden hacer efectivos algunos o todos los derechos fundamentales (en el sentido de “libertades reales”); pero se manifiesta también en las nuevas dimensiones de los contenidos de los derechos fundamentales que se han vuelto complejos, ya sea gracias a la técnica de los mandatos de promoción y protección (por ejemplo, el artículo 6o., inciso 5, de la LF, el § 25 de la Constitución del Cantón de Aargau, el artículo 42, inciso 2, de la Constitución de Berna), a través de la dinamización del principio de igualdad (“igualdad de oportunidades”), o a través de otros textos constitucionales que se encuentran al servicio de la “optimización de los derechos fundamentales”, como son las cláusulas relativas a su realización y desarrollo, o a su “protección a través de la organización y el procedimiento”.

El Estado constitucional pretende que sus textos se hagan realidad, que se cumplan “socialmente”; “reivindica” la realidad para sí: su “*normatividad*” debe convertirse en “*normalidad*”. Dicho Estado pretende regular y configurar la realidad en el sentido de sus textos, pero también guiarse por éstos. Los diversos grupos de artículos y tipos de textos constitucionales tienen esta función como propia, con intensidad variable, pero en conjunto, la tendencia de las Constituciones se dirige en dirección a una “*mayor cantidad de realidad*”.

III. LA RELEVANCIA POTENCIAL DE LOS PROYECTOS DE CONSTITUCIÓN (EL MODELO SUIZO)

Ya un “doble diagnóstico empírico”, y dos ejemplos de la Europa de nuestros días, demuestran lo productivos que pueden ser los proyectos para la teoría constitucional comparativa, porque han sido “eficaces” tarde o temprano, y porque influyen en textos posteriores o en su “traducción” en la realidad constitucional. Un ejemplo proviene de Suiza, donde el impulso lo han dado el proyecto del basileense Max Imboden de 1959, con el título “La Constitución federal como podría ser”, y el proyecto de Constitución de 1977 de la Comisión de expertos para la preparación de la revisión total de

la Constitución federal.²⁵² A pesar de toda la crítica que se les pueda hacer, podemos decir ahora, en lo particular, que dichos proyectos han influido mucho más allá de la comunidad científica de lengua alemana, en la formulación de problemas y en las variantes textuales, gracias a lo cual podrían ser de auxilio práctico para los constituyentes de Europa oriental (junto con las nuevas Constituciones cantonales de Nidwalden hasta Solothurn, Berna y Appenzell A. Rh.).²⁵³

Los proyectos de Constitución merecen también interés científico con toda independencia de que sean “exitosos”. Lo merecen incluso cuando pueden considerarse como “fracaso” político y también lo son, pero deberían ser examinados científicamente por la doctrina del derecho del Estado, y no sólo por la historia constitucional, pues en sus textos se objetivizan y cristalizan, de manera singular, contenidos y procedimientos, ideas y realidad, esperanzas y deseos, así como la elaboración del pasado, pues el imperativo de tener que vaciar lo imaginado en formas textuales normativamente obligatorias induce a una labor de condensación que confiere contornos más claros al material difuso del que provienen. A pesar de que, en lo particular, sus autores manifiesten diversos grados de creatividad, los proyectos de Constitución reciben y combinan, ante todo, elementos muy dispersos y bastante heterogéneos: por ejemplo, sentencias constitucionales y prácticas del Estado, construcciones doctrinales y resoluciones judiciales, pero también elementos transformados en texto en otras partes, como los pactos regionales y universales de derechos humanos, incluso los programas de los partidos políticos, para no hablar de los modelos textuales que pueden hallarse en las Constituciones de otros países y Estados o en las Constituciones de la historia propia. Los textos, sobre todo los constitucionales, ejercen una fascinación peculiar, afín a las religiones del Libro, incluso cuando son “superadas” por la historia o cuando ellas mismas no han “alcanzado” a la historia.

²⁵² Imboden, M., “Die Bundesverfassung, wie sie sein könnte” (1959), en *id.*, *Staat und Recht*, 1971, pp. 219 y ss.; *Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung*, 1977.

²⁵³ Todo esto está documentado (hasta 1985) en Häberle, P., “Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene”, *JöR*, vol. 34, 1985, pp. 303 y ss. Por último, véase *JöR*, vol. 47, 1999, pp. 149 y ss.

IV. PROBLEMAS DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN PLURALISMO DE LO ESCRITO Y LO NO ESCRITO DE MÚLTIPLES ESPACIOS Y ETAPAS

1. *El cuestionamiento de la metáfora de la “fuente”*

Tan cierto como es que la doctrina de las fuentes del derecho —hoy ya debido a los textos constitucionales positivos— debe constituir un capítulo central de toda teoría constitucional comparada, igualmente cuestionable parece la metáfora de la “fuente del derecho”, porque sugiere que el derecho se deriva, más o menos “acabado”, “presente” y dado, de “una” causa. Esto toma muy poco en cuenta que el derecho es “*law in action*” (J. Esser) y que “*deviene*” derecho apenas en y a través de la interpretación.²⁵⁴ La “metáfora de la fuente” difícilmente puede expresar la importancia constitutiva de la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”. La metáfora “fuente del derecho” es criticada o corregida aquí y allá en la doctrina, pero no se cuestiona en forma radical.²⁵⁵ En mi opinión, en la actualidad sólo es posible utilizar el concepto de “fuente del derecho”, si acaso, con muchos signos de interrogación y entre comillas, tan productivos son los intérpretes, tan plurívocos son los conceptos jurídicos que han de interpretarse, y tan abierto es el canon de posibles “fuentes del derecho” en el Estado constitucional. Esto no impide que ciertas afirmaciones sobre las “fuentes del derecho” aquí sistematizadas, se encuentren ya en los textos constitucionales. Su “buen” orden corresponde incluso a una Constitución escrita. Pero esto no puede ni pretende poner en cuestión la apertura y pluralidad de las fuentes del derecho en el Estado constitucional, en el que no hay un *numerus clausus* de “fuentes del derecho”, sino que su listado solamente puede ser ejemplificativo.

Por otra parte, es más que dudoso que pueda sostenerse la distinción habitual entre “fuentes formales del derecho” y “fuentes de conocimiento del derecho”. El “derecho de los jueces” se ha establecido desde hace tiempo

²⁵⁴ Ya clásica es BVerfGE 75, 223 (243 y s.): “así como no puede haber duda de que los Estados miembros desean dotar de un tribunal a la Comunidad, ante el cual estarán abiertas las vías jurisdiccionales tal como han surgido a través de las centurias en la tradición y la cultura jurídicas europeas comunes. El juez nunca fue en Europa simplemente ‘*la bouche qui prononce les paroles de la loi*’; el derecho romano, el *common law* inglés, el derecho común, eran en buena medida una creación judicial... Los tratados comunitarios deben entenderse también a la luz de la tradición y la cultura jurídica común europea”.

²⁵⁵ Sin embargo, *cf.* Michael, L., *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, 1997, pp. 21 y ss.

“entre” estas categorías. En el tipo del Estado constitucional la antigua alternativa entre derecho legislado y derecho de creación judicial se convierte en “tanto esto como lo otro” en las “fuentes del derecho”.

2. *Apertura y pluralidad de las fuentes del derecho en el Estado constitucional*

Ya la comparación constitucional permite atreverse a hablar de la pluralidad y la apertura de las “fuentes del derecho”. Nada menos que J. Esser se adelantó a esto cuando hablaba del “carácter pluralista (no la mera “estructura escalonada”) de nuestras fuentes del derecho” y cuando andaba a la busca de una doctrina “realista” de las fuentes del derecho que superara el estatismo.²⁵⁶ Es cierto que en la actualidad las Constituciones nombran crecientemente determinadas fuentes del derecho, pero tampoco se fijan en un canon cerrado, sino que incorporan siempre fuentes abiertas, como los derechos humanos (internacionales), los principios generales del derecho, incluso las referencias generales al “derecho”. Esto no es sólo un diagnóstico, sino que puede justificarse filosóficamente. El término clave “tiempo y Constitución” o “tiempo y cultura constitucional” apunta al trasfondo: la apertura y la pluralidad de las fuentes del derecho es un instrumento y un procedimiento, entre otros (desde la revisión parcial o total de las Constituciones pasando por las cláusulas legislativas experimentales hasta los votos particulares de los jueces constitucionales) que permiten al Estado constitucional mantener el equilibrio, en el tiempo, entre continuidad y cambio, entre estabilidad y flexibilidad. Precisamente las “mezclas” flexibles tanto de los métodos de interpretación como de las “fuentes del derecho” permiten la conservación del Estado constitucional “en el curso del tiempo”.

3. *En particular sobre las “nuevas” fuentes del derecho*

Los nuevos constituyentes se caracterizan, entre otras cosas, porque se muestran, literalmente, “abiertos” hacia las nuevas fuentes del derecho. En parte lo que hacen es dar forma nueva a las “viejas” fuentes; por ejemplo, a través de cláusulas de primacía claramente expresas a favor de la Constitución; en parte nombran con mayor precisión las antiguas o las nuevas fuentes del derecho: a saber, principios generales del derecho, derechos humanos reconocidos internacionalmente, otros derechos fundamentales dis-

²⁵⁶ *Grundsatz und Norm*, 4a. ed., 1990, pp. 120 y ss., 241 y ss., 287 y ss.

tintos de los “existentes” por escrito (cláusulas de desarrollo de los derechos fundamentales), ocasionalmente el derecho natural. Estas “nuevas” fuentes del derecho constituyen un enriquecimiento de los procesos de determinación del derecho; pero ciertamente también lo hacen más “complicado”. Hacia fuera, acomodan al Estado constitucional en contextos regionales o universales de una “sociedad mundial” o de la humanidad, y hacia el interior permiten un refinamiento de los procesos de creación de derecho y así también una mayor medida de justicia. Además, permiten utilizar las experiencias jurídicas de otras comunidades, en particular de otros Estados constitucionales (vecinos), del mismo modo como puede ser una ganancia la comparación jurídica. Hay que elogiar a los constituyentes nacionales por haberse atrevido a llamar por su nombre y a integrar a la paleta de posibles fuentes del derecho, con lo cual han quebrado no sólo las doctrinas “clásicas” de la soberanía, sino también la idea simplista de la construcción escalonada del orden jurídico.

4. *Influencias recíprocas en lugar de la supra o subordinación de las fuentes del derecho*

Un aspecto más de la “revisión” de la doctrina clásica de las fuentes del derecho que proponemos se advierte menos en la evolución de etapas textuales de lo que puede observarse en la práctica. A él haremos al menos alusión aquí. Si bien es muy frecuente que los constituyentes más recientes, como se ha mostrado, normen la “supremacía de la Constitución”,²⁵⁷ con ello no pretenden, ni pueden impedir, que la multicitada “construcción escalonada del orden jurídico” de la Escuela de Viena no sea sino sólo un aspecto de la acción de las “fuentes del derecho”. En la práctica de la aplicación del derecho, en el “negocio hermenéutico de la interpretación”, se producen frecuentemente la interacción creativa y la colaboración múltiple de los diversos “planos”, lo que no es posible reducir a la imagen de la “jerarquía”. Así, los principios constitucionales y las normas legislativas interactúan de múltiples formas en el ámbito de los derechos fundamentales, de modo que se produce no sólo la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, sino también la “interpretación de la Constitución conforme a las leyes”.²⁵⁸ Tampoco puede captarse mediante la imagen de la “jerarquía” la influencia de los “principios generales del derecho” que

²⁵⁷ En el mundo de habla inglesa son típicas frases como “*Constitution to be supreme law*” (cfr. el artículo 6o., de la Constitución de Malta de 1964/92) o “*This Constitution shall be the Supreme Law of Namibia*” (artículo 1o., inciso 6, de la Constitución de Namibia de 1990).

²⁵⁸ Al respecto Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., p. 33.

trascienden al Estado constitucional nacional, por ejemplo, en el sentido del derecho europeo. Lo mismo vale para la eficacia, interna o de otro tipo, de los derechos fundamentales, pues su “universalismo” relativiza su nacionalismo.

5. *Despedida del estatismo nacional de la doctrina de las fuentes del derecho; la “europeización” de las fuentes del derecho*

Las reflexiones hechas hasta el momento sugieren, en el contexto de los enunciados textuales de las Constituciones recientes, despedirse declaradamente del estatismo nacional de las doctrinas tradicionales sobre las fuentes del derecho. Esta idea cruza la obra pionera de J. Esser, “*Grundsatz und Norm*” (“Principio y norma”), en el campo del derecho civil, pero puede y debe ser un modelo también para la teoría constitucional. Aquí ofrecemos solamente unas cuantas palabras clave. La penetración de la categoría de los “principios generales del derecho” quiebra el carácter estatal de las fuentes del derecho lo mismo que lo hacen las referencias, expresas de manera más o menos clara, a los principios del derecho “pre-estatales” o “pre-positivos”, en la forma que sea: como “derechos humanos universales”, como “derecho”, por la vía de las “cláusulas de realización de los derechos fundamentales”, etcétera. Sobre todo resultan relevantes aquí los procesos que, por ejemplo, permiten pensar en el surgimiento de un “derecho común” en Europa. En la medida en que la teoría constitucional nacional y la jurisdicción constitucional se “europeicen”, se enriquecerá el “*corpus iuris*” nacional, se pluralizarán las fuentes nacionales del derecho, se abrirá el canon interno hacia “fuera”. En lo particular, todos los procesos evolutivos que permiten calificar a la comparación jurídica como “quinto” método de interpretación, además de los cuatro clásicos de F. C. von Savigny, constituyen una despedida, o al menos una decisiva relativización, del estatismo nacional en la doctrina sobre las fuentes del derecho. Este proceso evolutivo caracteriza al Estado constitucional en su actual etapa textual, la que no ha permanecido sólo en el “papel”, sino que también impregna la realidad constitucional.