

CAPÍTULO PRIMERO. Concepto, fundamentación del objeto y métodos de trabajo . . . . .	1
I. El tipo del Estado constitucional como conquista cultural . . . . .	1
II. El concepto de Constitución. “Concepción mixta de la Constitución” . . . . .	3
III. La inclusión de los Estados reformados, los micro Estados y los países en desarrollo . . . . .	8
1. Palabra clave: los Estados reformados de Europa oriental . . . . .	9
2. Los países en desarrollo en el campo de fuerzas de los procesos de crecimiento del Estado constitucional . . . . .	10
IV. La teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y la cultura . . . . .	11
V. La triada de los ámbitos republicanos: privado-público-estatal . . . . .	16
1. Planteamiento del problema . . . . .	16
2. Lo privado, protección de la privacidad . . . . .	17
3. Lo público . . . . .	18
4. Lo estatal en el Estado constitucional . . . . .	19
5. Una revisión de los “elementos del Estado”; la cultura como “cuarto” elemento; el ejemplo del territorio y los símbolos del Estado . . . . .	21
A. Los llamados tres elementos del Estado, y el “cuarto” elemento: la cultura . . . . .	21
B. El ejemplo del “territorio del Estado” . . . . .	22
C. La Constitución del pluralismo: formas de diferenciación cultural y de apertura externa del Estado constitucional . . . . .	28

D. La verdad como problema en el Estado constitucional: la libertad a partir de la cultura . . . . .	30
E. En particular: los llamados símbolos del Estado en el contexto de la nueva etapa de desarrollo textual	31
6. “República”-“monarquía constitucional” . . . . .	36
A. La nueva vida de la cláusula republicana: un ejemplo de procesos de crecimiento en la cultura constitucional . . . . .	36
B. La “monarquía constitucional” . . . . .	37

## CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTO, FUNDAMENTACIÓN DEL OBJETO Y MÉTODOS DE TRABAJO

### I. EL TIPO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO CONQUISTA CULTURAL

La teoría de la Constitución tiene por objeto el tipo de las Constituciones democráticas, tal como se han implantado en el mundo libre, y no sólo en el occidental; sus contenidos y procedimientos esenciales, pero no en la profundidad de sus manifestaciones particulares, y su evolución en el curso de la historia, así como en el espacio planetario, al menos desde el “*annus mirabilis*” de 1989. Este tipo se compone de elementos ideales y reales —referidos al Estado y a la sociedad— los cuales no se han alcanzado al mismo tiempo en prácticamente ningún Estado constitucional, pero que apuntan tanto a una situación óptima de lo que debe ser como a una situación posible de lo que es.

Tales elementos son: la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura (“*Kulturstaat*”)<sup>1</sup> abierto; las garantías de los de-

1 El concepto alemán de “*Kulturnation*” se traduciría habitualmente como “nación civilizada”, no obstante la referencia explícita a la “cultura” y no a la “civilización”. Por ello, “*Kulturstaat*” tendría que traducirse como “Estado civilizado”. Sin embargo, dada la importancia tan particular

rechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo.

Esta descripción esquemática pretende poner en claro que este tipo, en sus elementos centrales, es una conquista cultural de la civilización occidental. Es resultado y aportación de procesos culturales, del mismo modo como se transmite y es apropiado renovadamente el “patrimonio cultural” de los textos clásicos. Sin embargo, también plantea hacia el futuro la pretensión de que el nivel cultural alcanzado por el Estado constitucional ya no se pierda, sino que se conserve y que incluso se acreciente (en la medida en que los “enanos” encaramados a hombros de gigantes son capaces de ver más lejos).<sup>2</sup>

Toda teoría de la Constitución debe intentar capturar algo del “espíritu de las Constituciones”; tendría que orientarse por “El espíritu de las leyes” de Montesquieu, si tal pretensión no fuera tan inmodesta. Sin embargo, algo del “espíritu de las Constituciones” resulta palpable en los textos constitucionales, sobre todo en su “evolución”, concebida contemporánea e históricamente como proceso de etapas textuales. Este “espíritu” actúa también en los con-textos culturales que debe desentrañar la ciencia cultural, para lo cual debe distinguirse entre dos planos: hay un “espíritu de las Constituciones” (del Estado constitucional) general y orientado al tipo, y existe un “espíritu”, de configuración muy individual, de los diversos “pueblos” que viven en, conforme a y “bajo” las Constituciones. Estos planos no se encuentran desvinculados entre sí; por el contrario, existen múltiples contactos e interacciones entre la nación constituida concretamente y el tipo general del “Estado constitucional”. Estos contactos e interacciones solamente pueden mostrarse en relación con problemáticas particulares y en términos por lo general muy fragmentarios. En la medida en que es universal el tipo del “Estado constitucional”, en esa misma medida es individual su respectiva configuración nacional, al punto que no serían capaces de describirla ni un equipo enciclopédico de estudiosos ni una computadora universal.

que tiene el concepto de cultura en la presente obra, el término “Estado civilizado” no siempre transmite el matiz deseado, en este y en otros contextos. Por ello hemos preferido la traducción aquí utilizada (N. del T.).

2 Merton, R. K., *A hombros de gigantes*, 1990 (1a. ed. norteamericana 1965).

## II. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN. “CONCEPCIÓN MIXTA DE LA CONSTITUCIÓN”

1. El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta. Su Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia; el ejemplo más impresionante lo ofrece la Constitución de los Estados Unidos con sus más de dos siglos de vigencia. No obstante, en virtud de esta duración —la Ley Fundamental alemana (en adelante LF) incluso plantea una “pretensión de eternidad” a favor de los principios fundamentales de su artículo 79, inciso 3, en forma análoga a algunas Constituciones anteriores y a otras que le han seguido— se requieren instrumentos y procedimientos gracias a los cuales la Constitución se adapte en forma flexible, como “proceso público”,<sup>3</sup> a los acontecimientos de la época, sin detrimento de su sentido: a saber, como “estímulo y límite”, en los términos de R. Smend, también como “norma y tarea” (U. Scheuner), lo mismo que como “limitación y racionalización” del poder del Estado (H. Ehmke), pero también del poder de la sociedad. Precisamente la Constitución de los Estados Unidos, además de las muy escasas enmiendas (actualmente 28) que ha sufrido en doscientos años, conoce el procedimiento del cambio, especialmente a través de la jurisprudencia constitucional.

2. Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo es el Estado el constituido (la Constitución no es sólo Constitución “del Estado”). Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano (¡tolerancia!).

<sup>3</sup> Sobre todas estas cuestiones: Häberle, P., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978 (3a. ed. 1998).

Las estructuras constitutivas a este respecto, como la “eficacia frente a terceros” de los derechos fundamentales, los principios del orden jurídico general o las instituciones para prevenir abusos de poder (¿derecho de la competencia económica o antimonopolios!), se encuentran, sin duda, apenas en sus comienzos, pero ya existen. La división de poderes como principio constituyente<sup>4</sup> se convierte en tarea de la política jurídica. De ninguna manera se hace referencia exclusiva al “esqueleto de las normas”, sino que hay que incluir a la cultura<sup>5</sup> y al ambiente políticos (D. Schindler), las opiniones y prácticas, que no son jurídicas en sentido estricto, en la “sociedad” constitucional. Piénsese en los buenos o malos usos parlamentarios, en las críticas de políticos y periodistas a las sentencias de los tribunales, en la autorregulación de los medios de comunicación o en el código de conducta de 1976 para las empresas multinacionales. Todo esto contribuye a la estructuración de la sociedad abierta como lo hacen los textos de los clásicos (v. gr. Montesquieu), los logros de una vida (como los de T. Heuss), los preámbulos de las Constituciones y sus contenidos pedagógicos.

Siguiendo a la filosofía del “espíritu abierto” (Popper), la Constitución permite la apertura hacia adelante, hacia el futuro; institucionaliza las experiencias (apertura hacia atrás) y abre espacio para el desarrollo del espíritu humano y su historia.<sup>6</sup> En favor de la dignidad de la persona obliga al grado máximo de tolerancia —la que permite la plenitud de la interpretación— claro está con ciertos “límites de tolerancia”, que se hacen tanto más indispensables cuanto más se convierte la tolerancia en parte integrante del consenso constitucional básico, el cual difícilmente se puede formalizar como tal en términos jurídicos (constitucionales).<sup>7</sup>

4 Sobre la “desdogmatización” de la teoría de la división de poderes véase: Käggi, W., *Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung*, 1961; Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995, pp. 207 y ss., con mayores referencias; Seiler, H., *Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, 1994.

5 Sobre las “condiciones naturales y culturales de la unidad del Estado” véase Heller, H., *Staatslehre* (1934), 4a. ed., 1970, pp. 139 y ss. (trad.: *Teoría del Estado*, 2a. ed., 1998, pp. 106 y ss.); sobre la “comunidad cultural activa” en el contexto de la integración material: Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), p. 45 (trad.: *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, 1985, p. 93).

6 Sobre la vinculación de la ciencia del derecho constitucional democrática con la ciencia “general” del ser humano: Häberle, P., “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1977, pp. 27 y ss. (67 y s.).

7 Véase el respecto: Podlech, A., “Wertentscheidungen und Konsens”, en Jakobs, G. (ed.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, pp. 9 y ss. (25).

3. Frente a este trasfondo debe concebirse a la Constitución como un estadio cultural. Toda Constitución de un Estado constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural. La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el “patrimonio cultural” y los artículos generales sobre el Estado de cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural general de la Constitución.<sup>8</sup> Cuando en su etapa evolutiva actual el Estado constitucional da efectividad, refina y desarrolla en forma especial su protección de los bienes culturales, lo hace, en suma, al servicio de su identidad cultural. Al mismo tiempo la concepción culturalista (*kulturwissenschaftlich*) de las Constituciones gana en capacidad de convicción: la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la *Constitución* no es sólo un texto jurídico o un “*mecanismo normativo*”, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.

4. La Constitución escrita constituye un óptimo regulador variable. La lista de temas del Estado constitucional está abierta. Ciertamente, en dicho Estado deben satisfacer un “mínimo” tanto los textos constitucionales como los temas que deben tratarse en ellos en una cierta época, del mismo modo como debe existir un inventario básico de las tareas necesarias del Estado. Así como hablamos de un “*bloc des idées incontestables*”, siguiendo a M. Hauriou, podemos también partir de un “*bloc des textes incontestables*”, entre los que se encuentran textos clásicos, como el de Montesquieu sobre la división de poderes, que corresponden a cada ejemplo del “tipo Estado constitucional”, pero también el principio del Estado de derecho. Este principio ha hecho carrera en todo el mundo, en parte en los textos constitucionales, en parte como tema, incluso en las nuevas Constituciones de Europa oriental y en África del Sur, en conexión o en correspondencia con el “*rule of law*” angloame-

<sup>8</sup> Desarrollada en Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed. 1998; *id.*, *Europäische Rechtskultur*, 1994; *id.*, “Altern und Alter des Menschen als Verfassungsproblem”, *FS Hans Lerche*, 1993, pp. 189 y ss.; *id.*, “Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre”, *FS G. Batliner*, 1994, pp. 397 ss.

ricano. A los constituyentes hay que recomendarles que regulen expresamente algunos aspectos del principio del Estado de derecho, no todos, para abrir espacio a la evolución futura. El principio como tal pertenece hoy al “*bloc des textes incontestables*”, aunque sus configuraciones individuales puedan variar de país a país.<sup>9</sup> Sin embargo, un inventario en el tiempo y el espacio, pero también en la concepción evolutiva del Estado constitucional como tipo y como ejemplo individual, llevarían a la conclusión de que la lista de temas está abierta en lo demás. Una y otra vez se agregan nuevos temas: en la parte orgánica de la Constitución, por ejemplo, el “plebiscito consultivo” (Suecia, Finlandia), la “publicidad de los actos administrativos” (artículo 30 de la Constitución de Guatemala), las “relaciones con Estados afines” (artículo 151 de la misma Constitución), las agendas de un “*cooperative government*” (artículo 40 de la Constitución de Sudáfrica, de 1996/97). Suiza ha elaborado, a nivel de los cantones, refinadas máximas para el proceso constituyente.<sup>10</sup> Recientemente aparecen cada vez más, en casi todo el mundo, artículos sobre el pluralismo (por ejemplo, España, África, algunos países de Europa oriental; cláusulas anti-ideológicas, como por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución de Rusia), mientras que la protección de las generaciones hace también una carrera similar como tema (*cf.*, el temprano artículo 11 de la Constitución de Japón de 1946: se confieren, a esta generación y las futuras, “derechos humanos básicos” como “derechos eternos inviolables”). Las cláusulas de verdad se encuentran sobre todo ahí donde la fase anterior en la vida de los pueblos se caracterizaba por la mentira difundida por el Estado (así, en los nuevos *Länder* alemanes: por ejemplo, el artículo 22, inciso 2, de la Constitución de Turingia). En el apartado de derechos fundamentales, el artículo 39, inciso 2, de la Constitución de Azerbaiyán (1995) garantiza un derecho a la información “*sur l'état véritable de l'environnement*”.

9 Véase también Hofmann, R., Merli, F., Marko, J. *et al.* (eds.), *Rechtstaatlichkeit in Europa*, 1996. En Turquía, el Tribunal Constitucional ha logrado una notable efectividad del principio del Estado de derecho en dirección a las medidas provisionales. Al respecto véase Gören, Z., “Die einstweilige Anordnung in der Rechtsprechung des türkischen Verfassungsgerichts”, *EuGRZ* 1994, pp. 597 y ss. Véase también el alto nivel del principio del Estado de derecho en el artículo 141, inciso 3, de la Constitución de Turquía (1982): “Fundamentación forzosa de todas las resoluciones judiciales”.

10 Máximas que podrían ser reconocidas, pero no estar escritas en otros países.

En resumen: en un mundo en transformación cambian también los temas constitucionales. Mientras más antiguas las Constituciones, tanto más la ciencia y la práctica complementan los textos escritos mediante reglas no escritas, lo que puede ser motivo, más tarde, para que otros constituyentes, próximos o lejanos, traduzcan su “quintaesencia” en nuevos textos, y la teoría constitucional puede acompañar estos procesos, descubrir sus interrelaciones e incluso reforzarlas (de manera limitada). Así leído, el paradigma de las etapas textuales no sobrestima ni subestima los textos constitucionales.

5. El tema del Estado constitucional toca al mismo tiempo a la *ratio* y la *emotio*, e implica al principio esperanza. Tanto la teoría de la Constitución como el tipo del “Estado constitucional” deben conceder al ser humano espacio para un “*quantum* de utopía”, no sólo en forma de la ampliación de los límites de las libertades culturales y su promoción (¡también de las religiones!), sino incluso de una manera más intensa, en la medida en que los textos constitucionales normen esperanzas (por ejemplo, antiguamente la unidad de Alemania o ahora la de Irlanda),<sup>11</sup> que constituyan por lo menos “deseos de utopía” concretos. El “principio esperanza” (E. Bloch), el “principio responsabilidad” (H. Jonas), como por ejemplo, en la protección del ambiente, estimulan una fructífera evolución constitucional, porque el ser humano necesita la esperanza como el aire que respira y porque la comunidad vive en libertad responsable. En la medida en que los textos constitucionales se encuentren fundamentalmente apartados de las utopías en su dimensión jurídica, y por su naturaleza propia así deban mantenerse, pueden, no obstante, ser “utopía” en algunas de sus partes.<sup>12</sup> El principio del Estado social era un pedazo de utopía en la época de H. Heller (1930) y también lo fue inicialmente en 1949 la Ley Fundamental de Bonn.<sup>13</sup>

11 Véase, para mayor precisión, Häberle, P., “Neues Kulturverfassungsrecht in der Schweiz und in der Bundesrepublik Deutschland”, ZSR, vol. 105, 1986, p. 195 (227 y s.).

12 Véase también Maihofer, W. “Ideologie und Naturrecht”, en *id.* (ed.), *Ideologie und Recht*, 1968, pp. 121 (141 y s.), y las pp. 135 y ss. En lo relativo al “derecho natural moderno como utopía”. Notable también Hommes, U., “Brauchen wir eine Utopie? Plädoyer für einen in Mißkredit geratenen Begriff”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 20/77, del 21 de mayo de 1977.

13 Pionero para la realización: Ipsen, H. P., “Über das GG”, discurso rectoral en Hamburgo, 1950. Una etapa esencial en la concretización del principio del Estado social lo constituye la ponencia de O. Bachof, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *VVDStRL* vol. 12, 1954, pp. 37 y ss.

### III. LA INCLUSIÓN DE LOS ESTADOS REFORMADOS, LOS MICRO ESTADOS Y LOS PAÍSES EN DESARROLLO

El concepto de “micro Estado” es controvertido. De manera lapidaria se dice en la *Enciclopedia Brockhaus*:<sup>14</sup> “Micro Estado, concepto político de significado variable, frecuentemente aplicado a los Estados que no se encuentran entre las principales potencias mundiales, pero también a los Estados de tercero o cuarto rangos”. La doctrina señala la falta de una definición de autoridad<sup>15</sup> y considera los máximos o mínimos de población, de extensión del territorio, o bien, la medida efectiva del poder estatal, como más o menos arbitrarias. Habría que proceder entonces de manera pragmática, por ejemplo, en el sentido de una “unidad política muy pequeña” y tomar la población como “elemento primario”, por más importancia que el territorio y el espacio puedan tener o adquirir más tarde en la perspectiva de la teoría constitucional. En vista de la victoria mundial tanto de la idea de los derechos humanos y ciudadanos como del Estado constitucional, resulta natural tomar al ser humano en cuanto punto de partida ideal del derecho y el Estado, del derecho constitucional y del derecho internacional. Si bien la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, la idea kantiana del Estado como “conjunto de hombres sometidos a los preceptos del derecho” y de una sociedad civil que administra justicia “de manera general”, ya ponen en cuestión la idea del pueblo en tanto “elemento del Estado”, el ser humano tampoco puede cuantificarse y agregarse matemáticamente para constituir el “pueblo”. Por lo pronto, el concepto de “micro Estado” puede hacerse practicable a través del número máximo de habitantes, y con apoyo en la doctrina<sup>16</sup> se propone aquí, como índice, la cifra de 500,000.

Sin embargo, el concepto de “micro Estado” no debe ajustarse al lecho de Procusto de las cifras y los datos fijos, sino que debe pensarse más en el sentido de una escala abierta hacia arriba y hacia abajo (“Estados enanos”), en el espíritu de una reflexión global que ponga en pri-

14 *Enciclopedia Brockhaus*, 17a. ed., 1970, t. 10, p. 251.

15 Así Kokott, J., “Micro-states”, en *Encyclopedia of Public International Law*, núm. 10, 1987, pp. 297 y ss.

16 Cfr. Von Wedel, H., “Der sog. ‘Mikrostaat’ im internationalen Verkehr”, *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 5, 1972, pp. 303 (304 y s.), con mayores referencias.

mer plano lo material, en lugar de pensar en términos del esquema de poder y tamaño, de conceptos terminados, de “elementos” espaciales y cuantificables fijos como elementos dados de la naturaleza del Estado más allá de los criterios materiales de la Constitución y el derecho, así como de los sujetos personales como el ciudadano y el ser humano. Así visto, el “micro Estado” es un punto imaginario, una marca o unidad en una escala con transiciones hacia el Estado “menor”, etcétera. El concepto se relativiza. Sobre todo se vuelve evidente qué tanto se modifican los criterios de valoración en el curso de la historia regional y universal.

### 1. *Palabra clave: los Estados reformados de Europa oriental*

El micro Estado tiene gran actualidad en estos momentos. Si bien no en sentido técnico, bajo la forma de los Estados pequeños se anuncia actualmente una tendencia hacia esta variante del Estado constitucional en el marco de los fenómenos de desintegración del bloque de Europa oriental. Piénsese en la separación de las tres repúblicas bálticas, Lituania, Letonia y Estonia, de lo que entonces era todavía la URSS<sup>17</sup> y la secesión de Eslovenia y Croacia, así como de Macedonia (1991) y Bosnia y Herzegovina (1996) de Yugoslavia. La esperanza es que los pequeños Estados constitucionales que surgen de este modo puedan construirse duraderamente sobre el tesoro de experiencias de los verdaderos “micro Estados”, y que la teoría constitucional del “micro Estado” incluya a estos “pequeños Estados”. Incluso debemos preguntarnos si a mediano plazo se anuncia una escala, en cuyo extremo inferior se encuentre el “micro Estado” (ya diferenciado), los “Estados pequeños”, como Suiza y Luxemburgo, estén a la mitad, y los Estados nacionales, tanto los clásicos como los mayores, en el extremo superior.

17 Estonia (45,000 km<sup>2</sup>), tiene 1.6 millones de habitantes; Letonia (64,500 km<sup>2</sup>), 2.7 millones de habitantes; Lituania (66,000 km<sup>2</sup>), 3.7 millones de habitantes; Armenia (30,000 km<sup>2</sup>), 3.3 millones de habitantes (datos del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 28 de agosto de 1991, p. 16). Gagausia en Moldavia pretende convertirse en micro Estado (*FAZ* del 3 de septiembre de 1991, p. 2).

## 2. *Los países en desarrollo en el campo de fuerzas de los procesos de crecimiento del Estado constitucional*

En lo que sigue se establece, en forma general y profundizada, el puente hacia los países en desarrollo. ¿Es posible incluirlos en los contextos de producción y recepción del tipo del “Estado constitucional”? Y esto, ¿también como contribuyentes activos y no sólo como receptores pasivos? ¿Es posible integrar ya ahora al Tercer Mundo en el “mundo único” de la “familia” de los Estados constitucionales, con todas las particularidades de su especial situación cultural y las siempre presentes asincronías? ¿O simplemente “persigue” el Tercer Mundo la evolución constitucional europea y angloamericana, sin la “esperanza” de poder alcanzarla jamás? La modestia científica y el abandono de un “eurocentrismo” autocomplaciente inducen a evitar pensar en “vías de un solo sentido”, sin “tráfico en sentido contrario”.

A) En el espejo de sus recientes textos constitucionales, pueden observarse procesos de aprendizaje recíproco entre los países en desarrollo y los Estados constitucionales “desarrollados”.

B) Los países en desarrollo, lo mismo que la labor científicamente asesorada y comparativa de sus constituyentes, no sólo asimilan los textos constitucionales europeos, sino que además condensan la realidad constitucional y administrativa de los “antiguos” países modelo en nuevas y diferenciadas formas y etapas textuales, lo que en sí mismo ya constituye una aportación codificadora. En todo caso, tal conquista comunitaria universal respecto del tipo del “Estado constitucional” es un logro que posee tanto mayor valor, por cuanto es frecuente que los países en desarrollo se atrevan más a enfrentar la “pobre” realidad, que los viejos países, que viven en un elevado bienestar. Los altos riesgos que corren aquéllos son evidentes, ya que los textos constitucionales pueden ser descartados por su falta de credibilidad, como simples promesas o incluso utopías, lo que dañaría a la idea misma del Estado constitucional. El texto constitucional se convierte entonces en hoja de parra para una “mala” realidad.

C) Son grandes y no deben subestimarse las —posibles— repercusiones, sobre el continente europeo y sus variantes del Estado constitucional, de los procesos y contenidos constitucionales vaciados en nuevas formas textuales por el Estado constitucional en “ultramar”. Estas re-

percusiones consisten frecuentemente en temas nuevos, según se manifiestan en cláusulas sobre la dignidad humana o en cláusulas sobre el patrimonio cultural y, en general, en el derecho constitucional de la cultura (por ejemplo, en una búsqueda más intensa en torno a las cláusulas de identidad cultural), pero también en nuevos derechos fundamentales o en una más elaborada definición de las tareas estatales, así como en cuanto a los problemas jurídicos que suscitan la técnica y el medio ambiente, o bien, en forma de nuevos conjuntos textuales (por ejemplo, los preámbulos).

D) “País en desarrollo”: una definición provisional de este concepto, en términos de las ciencias de la cultura, en el contexto presente sería la ofrecida por la Comisión Norte-Sur que presidiera el ex canciller alemán Willy Brandt (1977):<sup>18</sup>

El desarrollo es más que el paso de la pobreza a la riqueza, de una economía agraria tradicional a una comunidad urbana compleja. El desarrollo implica no sólo la idea del bienestar material, sino también la idea de mayor dignidad, seguridad, justicia e igualdad de los seres humanos.

De esto modo, los elementos del tipo del “Estado constitucional” se incorporan de entrada al horizonte de los conceptos de “desarrollo” y “país en desarrollo”, por más importantes que sigan siendo los criterios económicos del “ingreso real per cápita” de la población.

#### IV. LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO CIENCIA JURÍDICA DE LOS TEXTOS Y LA CULTURA

1. En la ciencia histórica hay un esfuerzo por llegar a un “manual europeo de historia”; los congresos sobre libros escolares, por ejemplo, entre Alemania y Polonia, o entre la República Checa y Francia, ofrecen los primeros trabajos al respecto. La bibliografía sobre las diversas artes poseen desde hace tiempo sus ediciones europeas: ya está escrita la historia europea de la literatura y la música; la historia europea de la pintura y la arquitectura cuenta con grandes autores. ¿No sería el momento de trabajar en un “manual europeo común de derecho constitucional”? En

<sup>18</sup> Citada en Andersen, U., “Begriff und Situation der Entwicklungsländer”, *Informationen zur politischen Bildung, Entwicklungsländer*, núm. 221 (1988), p. 2.

él debería haber espacio tanto para el “acervo europeo común” en materia del Estado constitucional como para los procesos de oferta y recepción de las naciones participantes, y además para las variantes y desviaciones respecto del tipo común del Estado constitucional, que han sido y son propias de las diversas culturas jurídicas nacionales y que éstas también necesitan. Habría que empezar con que cada país abordara la cuestión de cuáles sean los respectivos contextos en que haya surgido su propia Constitución junto con otras, en cuáles se encuentra y sigue evolucionando.

Para tal efecto, podrían servir de modelo los volúmenes publicados en Alemania sobre los “cuarenta años de la Ley Fundamental” (1989), y podrían ser completados por “obras paralelas”, como las relativas a los “veinte años de la Constitución española” (1998), los “cincuenta años de la Constitución italiana” (1997), y otras similares. Entonces quedará libre la visión para todo el rico acontecer en materia del “Estado constitucional europeo”, quedando de manifiesto las diversas olas de recepción, los procesos de recepción o reproducción indirectas, hasta los procesos, difícilmente apreciables, de la recepción informal. Entonces podrá observarse de qué manera un texto, recibido desde Italia por ejemplo, se transforma paulatinamente en el campo de fuerzas de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, como el de España, y qué tan productiva es una incorporación en apariencia puramente pasiva. También podrían aclararse las consecuencias concretas que resultan de los diversos modos de la recepción. Por ejemplo, ¿la recepción de una parte del texto de la Ley Fundamental alemana implica que deban asumirse también la posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y la doctrina anterior (por ejemplo, de la época de Weimar)? ¿O será mejor que el Estado constitucional extranjero se refrene y actúe en el plano de la interpretación de manera más creativa que “repetitiva”, a fin de fundir así lo extraño con lo propio?

Esto no significa que los contextos especiales de producción y recepción se igualen y se nivelen: los “vínculos especiales” que existen, por ejemplo, entre Italia, de un lado, y Portugal y España, del otro, como países romanistas, deben permanecer, y quizá en el futuro deban ampliarse a Bulgaria, Rumania y Albania. Los tres países de lengua alemana, Austria, Suiza y Alemania, deberían conservar, como lo han hecho hasta ahora, el “taller” común en el terreno de los derechos fundamen-

tales, el federalismo y la jurisdicción constitucional. La competencia es deseable; conocida es la lucha de la influencia alemana con la competencia francesa en la doctrina y la jurisprudencia iuspublicistas de Grecia. La “casa constitucional europea” común puede tener muchas habitaciones; lo determinante es que se mantenga abierta dentro y fuera y que conozca su fundamento común.

La “doctrina del derecho constitucional como literatura” aporta en tal sentido una función integradora, en todos los géneros literarios,<sup>19</sup> siempre que trabaje en el plano europeo. Los trabajos previos pueden consistir en monografías, comentarios y memorias de tipo comparativo entre las diversas naciones o entre varias de ellas,<sup>20</sup> y constituyen etapas en el camino hacia un “manual constitucional europeo común” en el que tendrían que trabajar varias generaciones de juristas europeos, esto es, en el horizonte de un *jus publicum europeum*. España ha trabajado desde 1978 de manera ejemplar y por todos nosotros, no sólo en cuanto a la transición pacífica de la dictadura a la democracia, sino también en cuanto al modo en que establece constantemente puentes, a través de la fusión creativa de lo mejor de la evolución constitucional, por ejemplo de Italia y Alemania, en los textos, la jurisprudencia y la doctrina, gracias a nombres como los de P. Cruz Villalón, F. Rubio Llorente, A. López Pina, F. Balaguer y otros. Sin darse cuenta, España se ha convertido así en la vanguardia. La temida “germanización” de la doctrina iuspublicista española desemboca en la europeización, como tarea para todas las doctrinas nacionales en nuestro continente, si su pretensión es la de afirmarse en el concierto europeo.

2. La relación entre naturaleza y cultura, entre teoría general del Estado y teoría de la Constitución, requiere un examen especial. La relación entre Estado y Constitución debe reconceptualizarse. El concepto de “Estado constitucional” (“*Verfassungsstaatlichkeit*”) vincula al Estado y la Constitución sin especificar tal relación. En mi opinión, en la tradición de los clásicos como R. Smend y A. Arndt —todos estamos encaramados a “hombros” de estos “gigantes”, seguimos siendo “enanos”, pero ocasionalmente vemos más lejos que ellos— hay tanto Estado como el que

19 Claves en Häberle, P., “Verfassungslehre im Kraftfeld rechtswissenschaftlicher Literaturgattungen”, *Festschrift für O. K. Kaufmann*, 1989, pp. 15 y ss.

20 Ejemplos en Häberle, P., “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ* 1991, pp. 261 (272 y s.).

constituya la Constitución. El Estado no es, como gusta postularlo la tradición monárquica-conservadora, lo dado de manera primaria (natural), el objeto al que se refiere la Constitución, al que ésta configura en mayor o menor medida. En el Estado constitucional democrático, los ciudadanos y los seres humanos, su dignidad humana, constituyen la “premisa antropológico-cultural”; ellos se “dan” la Constitución a sí mismos, como lo indican apropiadamente algunos de los nuevos textos constitucionales alemanes (véase, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de Brandemburgo de 1992).

3. En tanto cultura, la Constitución debe ser concebida, ya de modo real, ya de modo ficticio, como contrato. ¿Qué significa esto? Las doctrinas del contrato social, sobre todo en la variante kantiana de la “piedra de toque de la razón”, más allá de los hechos reales, pero también la versión de Rawls (“velo de ignorancia”), siguen siendo útiles precisamente en el Estado constitucional. Debemos concebir a la Constitución, lo mismo que al derecho y al Estado como partes de ella, “como si” se fundara en un pacto de todos con todos (en el sentido de John Locke). El pacto constitucional de los peregrinos ingleses en el “Mayflower”, el juramento de Rütli en Suiza (1291) y el pacto de prórrogas subsecuentes (por ejemplo, el “*Stanser Verkommnis*”), son afortunados eventos reales, los que debemos actualizar, (re)pensar, e incluso incorporar ficticiamente, en el concepto de la Constitución como “avenencia y tolerancia siempre renovados de todos”. Claro está que el recurso al modelo contractual es más fácil en la democracia concordataria suiza o en el federalismo que en los Estados nacionales centralistas. Sin embargo, si hay una idea que haya impregnado como chispa el *annus mirabilis* de 1989 fue el paradigma de la “mesa de negociación” (*Runder Tisch*). Inventada desde el “Solidarnosc” de Walesa (¿o quizá debiera decirse “descubierta”?), la “mesa de negociación” ha “hecho” historia, tanto universal como constitucional, en la transición de los sistemas totalitarios hacia la sociedad abierta del Estado constitucional. En todas partes se hicieron mesas de negociación, por último en la “Codesa” en Sudáfrica.

Es posible dar un fundamento teórico-constitucional a las “mesas de negociación”, clasificarlas desde el punto de vista de la ciencia cultural, y legitimarlas desde la perspectiva de la teoría del consenso y del discurso. La “mesa de negociación” simboliza la coexistencia y la convivencia en igualdad de muchos en una comunidad política. La misma

distancia y la misma proximidad hacia todos los participantes, la reconstrucción del diálogo y la convivencia, rompen con las estructuras del dominio totalitario. Es la mejor, más visible y plástica traducción de la igualdad en “la avenencia y la tolerancia”, que caracteriza a la negociación de las Constituciones pluralistas. El círculo y la “mesa (de negociación)”, esta metáfora podría ser o convertirse en algo así como un “*gen cultural*” de la humanidad.

4. Por último, la Constitución es un “pacto de las generaciones”, a través del cual se realiza la constitución del pueblo de una manera tangible para la ciencia cultural. Lo que la teoría clásica del Estado ha examinado, y la praxis política hizo realidad en 1989 con la “mesa de negociación” de L. Walesa en Polonia, o a través de la figura argumentativa del “consenso básico” utilizado en Alemania en los años setenta, y que también regresa a la política del día de hoy con nombres diversos (“pacto de solidaridad”, “alianza para el trabajo”, “pacto con América”, etcétera) —a saber, el “contrato social”— se presentan como “pacto de las generaciones” en la dimensión temporal. Ciertamente, hasta ahora la idea del pacto de las generaciones no es, ni de lejos, comparable con el esfuerzo de fundamentación que se ha puesto en el “tema y las variaciones” del contrato social; piénsese solamente en John Rawls.<sup>21</sup> Sin embargo, es posible utilizar algunas palabras clave de este último debate también para el pacto de las generaciones. Este pacto debe concebirse, en el sentido de la filosofía contractualista de I. Kant, en parte como ficción (“piedra de toque de la razón”), en parte como fundado en eventos reales (no solamente la “confederación” suiza desde 1291; como “consenso básico”, “*bargaining*”, “consenso sobre las pensiones”).

El pueblo, que en la época del pacto de las generaciones es concebido como magnitud “prorrogante” y viviente, es por su parte, de entrada menos una magnitud biológica que cultural. Sobre todo, no se trata simplemente de un “elemento del Estado” en el sentido que le daba G. Jellinek a este concepto,<sup>22</sup> o de la suma biológica de los “nacionales”,

21 Rawls, J., *Teoría de la justicia*, 1979. De la doctrina iuspublicista casi inmediata: Saladin, P., “Verfassungsreform und Verfassungsverständnis”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 104, 1979, pp. 345, 272 y ss.; Häberle, P., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 438 y ss.; más tarde Kersting, W., *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994.

22 Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed., 1959, pp. 183, 406 y ss. (hay trad.: *Teoría general del Estado*, varias ediciones). En contraposición, correctamente: Heller, H., *op. cit.*, pp. 158 y ss.: “El pueblo como formación cultural” (trad. cit.: pp. 205 y ss.).

sino que se mantiene unido y organizado en su identidad y pluralidad por relaciones culturales; es, pues, el resultado de procesos de socialización cultural que frecuentemente se prolongan por varias generaciones. Si la cultura es concebida, desde la ciencia cultural, como “cuarto” elemento del Estado, aunque no como el “primero”, tal concepción debe referirse también, y de manera intensiva, al pueblo, del mismo modo como la libertad del individuo se cumple no como libertad “natural”, sino cultural, ya que la investigación genética muestra que no somos de ningún modo “esclavos de los genes” (libertad a partir de la cultura, en especial la educación). Ciertamente, las tendencias hacia la “sociedad multicultural”, la admisión de la doble nacionalidad en varios países de Europa, la intensificación de los derechos (colectivos) de protección a las minorías y el alegato a favor de un concepto “abierto” de la cultura, plantean problemas básicos que no es posible examinar aquí.

## V. LA TRIADA DE LOS ÁMBITOS REPUBLICANOS: PRIVADO-PÚBLICO-ESTATAL

### 1. *Planteamiento del problema*

El concepto de “triada de los ámbitos republicanos” intenta vincular, en el foro de la teoría constitucional, los tres ámbitos, el privado, el público y el estatal, con la “república”, y al mismo tiempo, permitir que estos tres ámbitos actúen en lo que les es propio y en su diferencia cultural. La *res publica* como marco significa también una referencia a otros conceptos “republicanos” como los de “libertad pública”, “bien público”, “derecho público”, en un sentido más profundo, no técnico. La comunidad política del Estado constitucional consiste en una pluralidad de ámbitos diferenciados, y de ellos vive, todos los cuales tienen su carácter propio y sin los cuales no puede haber “pluralismo”. La frase de J. Habermas sobre el “kantianismo republicano”, que coloca en términos de igualdad el compromiso ciudadano, la constitución colectiva de un espacio público autónomo al lado de la libertad privada, es una “acción paralela” de la filosofía política. Aquí podría estar incluido el emergente “espacio público mundial”, en temas como los de la “cosmovisión del Estado constitucional” y el “*status mundialis hominis*”, y en Europa se plantea la cuestión de en qué medida existe un

“espacio público europeo”, que, por ejemplo, se alimente de las ciencias y las artes y qué tanto posee ya formas de manifestación concretas en el *derecho constitucional común europeo*. En lo que sigue, lo privado y lo público se tratan solamente en el marco del Estado constitucional en lo individual, a pesar de la diversidad de interacciones que hay entre el espacio público “constitucional interno del Estado” y el espacio público mundial o regional. Por lo demás, la triada de ámbitos debería corresponder a la doctrina de las tareas del Estado, en la medida en que se distinga con precisión entre las privadas, las públicas y las estatales.

## 2. Lo privado, protección de la privacidad

Lo privado no debe concebirse primariamente como ámbito excluido y alejado de los contextos comunicativos de los seres humanos en una comunidad política. Sin embargo, también habría que reconocer esta posibilidad del “sin mí”, ciertamente en la conciencia de que el ámbito privado constituye también un pedazo de “libertad cultural” y de que se constituye “en” la comunidad, y no en una esfera de una supuesta libertad “natural” fuera de ella. Bajo esta reserva, deben tomarse con la mayor seriedad las disposiciones del texto constitucional respecto del ámbito privado como zonas de protección de la identidad y la libertad individuales, precisamente también frente al trasfondo de los regímenes totalitarios derrocados en 1989, los cuales ocupaban todos los ámbitos como potencialmente públicos y “*sociales*”.

Una mirada a la evolución de las etapas textuales resulta reveladora. Mientras que la Ley Fundamental alemana de 1949 no conoce, en su texto, una protección fundamental a la privacidad, y por ello tal protección ha tenido que ser desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia,<sup>23</sup> otras Constituciones y otros textos sobre derechos humanos se muestran, *prima facie*, más productivos. Ya el artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 formula un “derecho al respeto de la vida privada y familiar” de todos. El artículo 26 de la Constitución de Portugal (1976-1992) protege el derecho de todos “a la identidad personal... a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar...”. El artículo 18, inciso 1, de la Constitución española (1978) habla de manera similar

<sup>23</sup> De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán véase BVerfGE 65 1, y por último BVerfGE 89, 214 y 90, 255.

del derecho a la “intimidación personal y familiar y a la propia imagen”. Una nueva etapa textual se refleja ya en el artículo 10, inciso 2, de la Constitución de los Países Bajos (1983-1995), en la medida que ahí se dispone: “Una ley del Parlamento establecerá normas para la protección de la vida privada en relación con el registro y la difusión de datos personales”. Esta reserva de desarrollo elabora los problemas que en Alemania ha tratado de manera pretoriana el Tribunal Constitucional Federal a través del “derecho a la autodeterminación informacional” (BVerfGE 65, 1) y que, a través de reformas constitucionales, se han formulado textualmente como protección de datos personales (*Datenschutz*) (por ejemplo, el artículo 21b de la Constitución de Berlín de 1950-1994; el artículo 11 de la Constitución de Brandeburgo de 1992; el artículo 6o. de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania de 1993; los artículos 4o., 77a de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia de 1950-1992). Nuevamente se ve confirmado el paradigma de las etapas textuales, en la medida, por ejemplo, que la jurisprudencia constitucional conduce frecuentemente a enmiendas constitucionales.

### 3. *Lo público*

Redescubierto por R. Smend,<sup>24</sup> incorporado tempranamente por K. Hesse a la dogmática del artículo 21 de la LF,<sup>25</sup> más tarde lo público fue abordado plenamente por J. Habermas en su filosofía social.<sup>26</sup> No obstante las dificultades de entonces y ahora para definirlo, el concepto de “espacio público” (*Öffentlichkeit*) ha encontrado un lugar permanente en el marco de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, la democracia y la oposición.

Lo público y el espacio público se refieren, en el sentido que aquí se les da, a dos cosas: en el marco de la triada de ámbitos republicanos, se refieren, en lo espacial, a un cierto campo de la *res publica*, al ámbito intermedio entre lo estatal y lo privado, lo que frecuentemente se llama

<sup>24</sup> Cfr. Smend, R., “Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit”, *Ged. Schrift für. W. Jellinek*, 1955, pp. 13 y ss. (trad.: “Sobre el problema de lo público y la ‘cosa pública’”, *Constitución y derecho constitucional*, cit., pp. 269 y ss.).

<sup>25</sup> Hesse, K., “Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat”, *VVDStRL* 17 (1959), pp. 11 (41 y ss.).

<sup>26</sup> Habermas, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 8a. ed., 1976, 12a. ed. 1980 (hay trad.: *Historia y crítica de la opinión pública*, 1981).

también la “sociedad”. En este ámbito actúan fuerzas diversas, como los partidos políticos, con su propio estatus público (*cfr.* el artículo 21, inciso 1, frase 4, de la LF), las iglesias, como “potencias públicas” (A. Hollerbach) más distanciadas del Estado, pero también la televisión pública y, a la cabeza de los medios de comunicación, la televisión privada. De manera tan temprana como frecuente se le ha atribuido una función pública a la prensa en Alemania; en todo caso, ésta influye en la “opinión pública”. También los sindicatos y los empresarios se sitúan en este ámbito social-público, como grupos plurales poderosos a los que hay que equilibrar constantemente. “Público” significa también una dimensión sustantiva y valorativa: se trata de la *salus publica*, del “paralelograma de las fuerzas” de una comunidad política, a partir del cual se unen de manera pluralista las fuerzas, luchan entre sí en disenso y consenso, para finalmente tomar forma, por ejemplo, de ley aprobada en la publicidad del parlamento. El ciudadano también toma parte en lo público, tanto en lo espacial como en lo valorativo, cuando ejerce el lado público de sus derechos fundamentales, por ejemplo, a través de la libertad de manifestación como “libertad de expresión del hombre común”, o cuando ejerce su libertad religiosa al tomar parte en una procesión. Por lo tanto, resulta consecuente que muchas de las garantías contenidas en la libertad religiosa protejan expresamente también su ejercicio público (así, por ejemplo, el artículo 9o., inciso 1, de la CEDH). Hay razón para hablar entonces de “libertades públicas”, uso que es común en la Francia republicana (“*libertés publiques*”; *cfr.* también el título I, capítulo segundo, sección 1a. de la Constitución española).

#### 4. *Lo estatal en el Estado constitucional*

De acuerdo con la doctrina ya clásica de R. Smend y A. Arndt, en el Estado constitucional habrá tanto Estado como se encuentre constituido en la Constitución, lo que, en todo caso, es válido en el marco de una teoría constitucional democrática. Esto no significa un viraje contra el Estado constituido, el cual resulta indispensable precisamente en la protección de los derechos fundamentales y los privados, sino que significa simplemente que se toma en serio a la “Constitución” y que no se reconocen supervivencias feudales o monarquistas, ya sea en la dogmática o en la realidad. Si todo el poder del Estado proviene de los ciudadanos que se “encuentran” en la comunidad ciudadana, no queda

entonces ningún espacio para un poder estatal extra o preconstitucional. La Constitución debe concebirse como “*previa*” al Estado, a pesar de la importancia que éste pueda tener o conservar.

La comunidad política (lo mismo de una república que de una monarquía constitucional), concebida como marco general y constituida por la Constitución concreta, conoce, al lado del ámbito privado descrito, así como junto al ámbito y las funciones de lo público, también lo “estatal constituido”. Este concepto se refiere a los órganos del Estado, a las competencias y funciones estatales (por ejemplo, las del parlamento, el gobierno, la administración y la jurisdicción). Si bien se encuentran articuladas de diversas maneras con lo público “social”, lo que se advierte, por ejemplo, en cuanto a la labor de comunicación social de los parlamentos y gobiernos, o incluso del Tribunal Constitucional federal, tales funciones y competencias han sido establecidas “para sí” y en tal sentido son indispensables. Los órganos del Estado no son “virtual” o realmente omnicompetentes, en el sentido de contar con un “poder general y en blanco”,<sup>27</sup> sino que, de inicio, sus funciones están circunscritas y vinculadas funcionalmente por el derecho. La teoría de las tareas del Estado constitucional tiene que “manifestarse” también en la concepción de los órganos del Estado. Del mismo modo debemos desprendernos del antiguo concepto de la “soberanía estatal”: por el lado externo, al reconocer el “condicionamiento supraestatal del Estado” (W. v. Simson), aunque también existe un condicionamiento estatal de lo supraestatal, ya que solamente los Estados constitucionales “sostienen” a la comunidad de las naciones; en el lado interno, por el reconocimiento de que los ordenamientos de protección a la libertad, de competencias y funciones de una Constitución en el Estado constitucional, no tienen espacio para la soberanía de cualquiera.

El término de la “triada de ámbitos republicanos” pretende ver juntos los tres “lados”, privado, público y estatal, a pesar de los numerosos conflictos y roces que pueda haber entre ellos (por ejemplo, muchos órganos del Estado funcionan públicamente, pero no todos). Cada generación está obligada a vivirla y configurarla de nuevo, *v. gr.*, en materia de protección de los datos personales o del medio ambiente, de la libertad económica y la privatización, incluso en materia de “protección a las generaciones”.

27 Véase, en cambio, el enfoque de Krüger, H., *Allgemeine Staatslehre*, 1964, pp. 196, 940 y ss.

## 5. Una revisión de los “elementos del Estado”; la cultura como “cuarto” elemento; el ejemplo del territorio y los símbolos del Estado

### A. Los llamados tres elementos del Estado, y el “cuarto” elemento: la cultura

Entre los capítulos tradicionales de la teoría general del Estado<sup>28</sup> se encuentran los tres “elementos del Estado”: el pueblo, el poder, el territorio. Típicamente, en esta triada (todavía) no tiene un lugar la “Constitución”, y esto caracteriza a las teorías generales del Estado, pero también las hace cuestionables. Una “teoría de la Constitución” que merezca tal nombre tiene que buscar el modo de incorporar a la Constitución, en el sentido de que ésta sea, si no el “primer” elemento del Estado, al menos un elemento esencial. Dicho en términos concretos: la teoría de los elementos del Estado tiene que ser plenamente declinada (conjugada) a partir del citado elemento de la cultura. La Constitución es una parte de la cultura; forma, si se quiere (o más bien, debe formar) un “cuarto” elemento. G. Dürig propuso tempranamente esto de manera tendencial (1954), pero no lo desarrolló más.<sup>29</sup> Cuanto antes, ahora hay que atreverse a dar este paso en la teoría de la Constitución. Esto significa que también los demás elementos del Estado tienen que ser “llenados” desde la perspectiva de la ciencia cultural, empezando por el pueblo como “conjunto de hombres sometidos a los preceptos del derecho” (I. Kant), pero por lo mismo en el “*status culturalis*”. La diversidad de identidades de los pueblos de Europa es de naturaleza cultural, y eso es lo que constituye la diversidad de Europa.

El territorio del Estado es territorio culturalmente formado, un “espacio cultural”, no un *factum brutum*.<sup>30</sup> El concepto de la historia de J. G. Herder como “geografía puesta en movimiento” pudiera ser útil en este sentido. El poder del Estado, por su parte, debe concebirse como determinado de manera cultural, no actuando de manera natural, ya que, en el Estado constitucional, se encuentra fundado y limitado normativa-

28 Véase la opinión parcialmente crítica de Pernthaler, P., *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 1986, pp. 82, 35 ss., 111 ss. Véase también la crítica de Saladin, P., *Wozu noch Staaten?*, 1995, pp. 16 ss.

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

30 Véase Häberle, P., “Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre”, *FS G. Batliner*, 1993, pp. 397 ss.

mente, y se halla al servicio de la libertad cultural. La guerra civil en Yugoslavia muestra de manera dramática hasta qué punto es indispensable tal poder.

## B. *El ejemplo del “territorio del Estado”*

### a. Introducción y planteamiento del problema

No solamente en los micro Estados se destacan actualmente los aspectos suprarregionales e inclusive globales; no sólo en Europa surgen en 1997 grandes mercados, sino que gracias a la movilidad multimedial surge mundialmente una *comunidad comunicativa* de alcance global, de modo que la cuestión del territorio del Estado podría parecer pasada de moda y superada. ¿Acaso el territorio del Estado (y con él la “estática” que implica) no se ha desvanecido desde hace tiempo, incluso disuelto, en los procesos dinámicos de una sociedad mundial de los medios, multinacional y abierta, en la cual todo parece moverse, extenderse y se encuentra menos “fijo” de manera permanente? En vista de la articulación supranacional del Estado constitucional de la actualidad, no podría quedar intocado por estos procesos el elemento del Estado llamado “territorio”.

Sin embargo, esto constituye solamente una faceta de eventos que se aceleran visiblemente. En contraste, hay una vuelta a lo “pequeño” en la localidad, una retirada hacia un espacio visible, a la “región” y la “patria”: Estados nacionales verdaderos o supuestos se descomponen en “micro Estados”; grupos étnicos exigen derechos de minoría; el regionalismo se convierte gradualmente en principio estructural de muchos Estados constitucionales que hasta ahora habían sido centralistas (desde España hasta la Gran Bretaña); el federalismo continúa su marcha victoriosa por el mundo. Todo ello remite a lo específicamente territorial. Al mismo tiempo se adquiere conciencia de la ambigüedad del término “frontera”: por un lado, significa limitación, a la propia identidad; por el otro, a partir del espacio delimitado es posible extenderse hacia lo ajeno, lo nuevo, lo lejano. Precisamente los micro Estados (como Liechtenstein) tienen gran conciencia de esta dialéctica, pues reciben e integran mucho que viene de “fuera”, para así mejor afianzarse. Quizá pudiéramos dar una variación territorial y espacial al verso de Goethe: “La ley sola puede darnos libertad”: el ser humano, en su libertad fun-

damental, se precipitaría literalmente al vacío si no hubiera un terreno “seguro”, culturalmente conformado, desde el cual pudiera extenderse al entorno. El Estado constitucional crea actualmente el marco óptimo para una libertad cultural ligada así al terreno, y su territorio constituye un “elemento cultural” específico en el conjunto de sus valores fundamentales.

*b.* La constitucionalización del territorio en el Estado constitucional; el enfoque culturalista de la teoría constitucional

i) El punto de partida es un “concepto básico” y distinto del territorio del Estado. Ya sea que esté ubicado en general (y formalmente) en el contexto de los artículos tradicionales sobre el Estado o (modernamente) en el contexto de las cláusulas relativas a los valores materiales fundamentales, tales como la libertad y la democracia, ya sea que se trate de manera esporádica o se encuentre sujeto a reserva de ley: en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional el territorio constituye un fundamento de su identidad cultural y de su individualidad histórica. La Constitución entera es su “contexto”. Todo ello se manifiesta en algunos textos mediante la atribución y descripción históricas de sus fronteras, pero también se expresa de otras maneras: por ejemplo, en las Constituciones que lo declaran como inalienable e indivisible, o que lo convierten en límite absoluto de la revisión constitucional, así como en los casos, en los que se requiere una enmienda constitucional formal para modificar las fronteras. Si J. G. Herder podía hablar de la historia como “geografía puesta en movimiento”,<sup>31</sup> en todos estos casos el territorio se presenta a la vista en el horizonte del tiempo.<sup>32</sup> Cada Estado constitucional se apropia internamente, una y otra vez, de su propio territorio, que se convierte en cultura. Solamente en un sentido secundario es el territorio “fundamento del Estado”; lo es, pero de la Constitución. No es “elemento del Estado”, sino *valor constitucional*.

Es posible poner de manifiesto vínculos con los derechos fundamentales ahí donde el territorio se encuentra implícito en el supuesto de

31 Al respecto, véase más ampliamente Häberle, P., “Der Kleinstaat als Variante des Verfassungsstaates”, en A. Waschkuhn (ed.), cit., 1993, pp. 121, 170 ss.

32 Si Richard Wagner decía filosóficamente en el Parsifal: “En espacio se torna aquí el tiempo”: desde el punto de vista de la teoría constitucional, el territorio en particular del Estado se presenta como valor constitucional “en el curso del tiempo”.

hecho de uno o varios de ellos. Si la garantía del derecho de asilo acepta al “solicitante” cuando éste ha sido un luchador por la “libertad, los derechos humanos, la democracia y la paz entre las naciones”, lo que se manifiesta aquí es que el Estado abre su territorio a favor de estos valores fundamentales generales. Muchos Estados constitucionales, sobre todo los alemanes, norman, por ejemplo, la paz entre las naciones como fin de la educación (desde el artículo 148, inciso 1, de la Constitución de Weimar, de 1919, pasando por el artículo 26, número 1, de la Constitución de Bremen de 1947, hasta el artículo 28 de la Constitución de Brandemburgo de 1992). Cuando el Estado desarrolla la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros en el ámbito interno, entonces también pone su “territorio” al servicio de los demás derechos fundamentales protegidos. Inclusive ahí donde el Estado constitucional pone el territorio a disposición de sus ciudadanos y existe, *prima facie*, solamente una relación “negativa” entre territorio y derechos fundamentales —en la libertad de emigrar— se puede descubrir también un vínculo positivo, pues solamente el ciudadano *libre* y en *libertad de transitar* es capaz de identificarse con su país, en la medida y en tanto que desee permanecer en él. Por lo demás, los textos constitucionales más recientes ponen de manifiesto la instrumentalización del territorio al servicio de los derechos fundamentales como valores básicos del mismo, al darles prioridad sistemática sobre aquél.

El territorio puede concebirse como función plural del Estado, lo que es posible fundarlo en no pocos textos constitucionales positivos: primeramente, de manera más bien externa, ahí donde se atribuye a los órganos del Estado la salvaguarda de la integridad del territorio soberano, por ejemplo, en situaciones de emergencia o de guerra, en las cuales se puede recurrir también a las disposiciones protectoras internacionales (*cfr.* el artículo 2o., inciso 4, de la Carta de la ONU), si bien la concepción de la soberanía distorsiona, en cuanto al objeto, las relaciones aquí expuestas. Desde una perspectiva material, se trata sobre todo de los nuevos artículos, arriba analizados, sobre protección de la naturaleza, el ambiente y la cultura, los que muestran de qué manera “trabaja” el Estado en y con su territorio, y de qué modo es responsable de su conservación como “base de la existencia”, incluso para las generaciones futuras. Este *constituir* al territorio es también un pedazo de *Constitución vivida*. De ahí el término de la concepción “constitucional” del territorio

del Estado. Este razonamiento recibe mayor impulso gracias a dos aspectos más: la protección de la naturaleza, el ambiente y la cultura, se encuentra, en última instancia, vinculada a los derechos fundamentales (como tarea del Estado relativa a estos derechos); se le ha atribuido al Estado constitucional en favor del ser humano. Por otro lado, hay que recordar los artículos relativos a la reorganización territorial (en los Estados federales) y a la división en regiones y otras formas de descentralización (en los Estados unitarios). En sus “conceptos rectores” sustantivos se manifiestan valores constitucionales (por ejemplo, rasgos comunes históricos, étnicos, culturales, económicos) que, por su parte, establecen un puente hacia otros valores fundamentales postulados en diversas partes del documento constitucional. Por lo demás, conviene recordar la clásica función estatal que ha sido normada en el artículo 1o., inciso 2, de la Constitución de Baden-Württemberg: reunir “en una comunidad ordenada a los seres humanos que habitan su territorio” y “otorgarles protección y estímulo”.

En suma: la teoría de las tareas del Estado debe “prolongarse”, en el sentido apuntado, hacia el territorio, en el tiempo, en la naturaleza y el espacio, y así también en tanto cultura: el listado preciso de las referencias ya existentes a los valores fundamentales del Estado constitucional como tipo —las que no están todas normadas al mismo tiempo en una Constitución concreta, pero que se pueden conjuntar a partir de varias Constituciones— puede dar un impulso a esta teoría constitucional del territorio del Estado que se pueda transformar, desde el punto de vista de la política constitucional, en nuevos textos. El “territorio se convierte en espacio”, el “ambiente y la naturaleza, en cultura”. De este modo, el territorio del Estado incrementa su primera y última significación en el Estado constitucional, todo ello gracias a una teoría constitucional alimentada por los textos y la ciencia cultural. Dicho en otras palabras: a través de la proyección de los valores constitucionales fundamentales hacia el territorio, se convierte éste mismo en un “valor fundamental” de la Constitución. El territorio se presenta como “base” espacial para la realización de los valores fundamentales de la Constitución. El análisis de los artículos constitucionales relativos al territorio en los micro Estados demuestra ser especialmente fértil. Todas las disposiciones constitucionales en las que aparece el territorio, ya sea de forma general, especial o incluso

puntual, constituyen una piedra de mosaico en la imagen global de esta “base de la existencia en el Estado constitucional”.

ii) Existe una relación dialéctica entre la europeización y la globalización de los territorios de los Estados, por un lado, y la escasez del territorio, y por tanto, de la intensivización de su configuración por el Estado constitucional, por el otro. Este aspecto teórico se puede resumir brevemente. Observamos dos líneas de evolución aparentemente contrarias: por un lado, el territorio del Estado se relativiza por la penetración en regiones más amplias, incluso hacia lo global, estableciendo relaciones de responsabilidad que hacen que el “territorio del Estado” tradicional de cada país se contraiga de manera considerable, lo hagan parecer pequeño e incluso materialmente como “micro Estado”. El “condicionamiento supraestatal del Estado moderno” (W. v. Simson) podría incluso provocar la cuestión de si todavía se justifica, en 1999, el esfuerzo que implica una teoría constitucional del territorio. De hecho, existe también un condicionamiento estatal de lo supraestatal, del mundo. Precisamente a partir de su territorio, por pequeño que sea, cada uno de los Estados constitucionales tiene que asumir su responsabilidad respecto de los derechos humanos y los valores fundamentales asociados con ellos. Debido a que ese único mundo, cada vez más estrecho, hace cada vez más escasos los territorios habitables, los Estados constitucionales deben configurar tanto más intensivamente el territorio que les corresponde. Lo uno condiciona a lo otro. El giro, hoy perceptible, hacia lo “pequeño, hacia la “patria”, el surgimiento de nuevos micro Estados, no puede renunciar al “cultivo” de los territorios, sino que pretende “internalizarlos” de manera tanto más intensiva. El “entorno” de los diversos textos constitucionales es un pedazo del mundo que se ha hecho único, pero este mundo solamente puede sobrevivir si todos los Estados constitucionales que componen la “sociedad mundial”, en el sentido de un contrato social mundial, cultivan su propio (y “pequeño” mundo) de manera fiduciaria, a través de la optimización de los valores fundamentales constitucionales, precisamente en el ámbito de su “territorio”.

iii) Todo constituyente en el Estado constitucional, en su actual etapa de desarrollo, debería tratar al territorio en el contexto “correcto”. Se recomienda situarlo en los artículos generales al inicio de la Constitución, en los cuales, junto con la libertad, la igualdad y la democracia, se habla también de la “protección de las bases naturales de la vida y de la cul-

tura” como fines del Estado, pues ya está superada la etapa textual anterior, es decir, en la que dicho fin aparece sólo en el contexto de los elementos tradicionales del Estado, como el “pueblo” y el “poder”, sin adiciones normativas. De ningún modo debería “estar” el territorio de manera aislada junto con los otros “elementos” o “símbolos” del Estado. Dicho en otras palabras: la teoría de la constitucionalización del territorio del Estado debe manifestarse textualmente en la medida en que dicho territorio se haya introducido visiblemente en el contexto de los valores fundamentales del Estado constitucional. El territorio es una base valiosa del Estado constitucional, no sólo del Estado; es un pedazo de la *Constitución como cultura*. Lo mejor sería que el territorio del Estado se abordara en la parte relativa a las bases de la Constitución, en la que se habla ya de los principales derechos fundamentales. Una variante consiste en la posibilidad de referirse a los derechos fundamentales en el primer apartado e iniciar la parte orgánica con preceptos sobre el territorio en sentido normativo y sustantivamente estructurado. El texto relativo al territorio del Estado de ningún modo debe quedar aislado, como en etapas anteriores, de los derechos fundamentales, por un lado, y de las tareas estatales, como la protección del ambiente, o la cultura, por el otro. Debe pensarse también en artículos que estructuren y utilicen al espacio mediante principios y objetivos. De ello ya hay ejemplos. Una posibilidad especial, pero solamente abierta al federalismo y al regionalismo, es la que plantean los artículos de distribución y redistribución espacial, como el artículo 29 de la LF, el artículo 227 de la Constitución de Portugal o el artículo 143, inciso 1, de la Constitución española.

El planteamiento específicamente constitucional adoptado aquí tiene consecuencias también para configurar los supuestos de cambios territoriales. El requisito mínimo es una ley del parlamento; el óptimo, una enmienda constitucional, ya que la modificación territorial significa, por su contenido, una modificación constitucional, consecuencia del enfoque culturalista que sostiene en la teoría constitucional.

Deben distinguirse las cláusulas generales sobre el territorio de las especiales, que se refieren a los contextos particulares en los que el territorio constituye un elemento del supuesto de hecho de un valor constitucional fundamental, como el derecho de asilo, la libertad de emigración, el estatuto fundamental de los extranjeros en el ámbito interno.

Tales máximas pretenden destacar que la “*constitucionalización*” del territorio del Estado que aquí se observa y se recomienda, no es una mera frase, sino una tendencia comprobable, y una consecuencia interna del tipo del Estado constitucional en su etapa actual de desarrollo. De ello hay más conciencia en los micro Estados, como Liechtenstein, que en los grandes Estados territoriales, en los que se encuentran tanto desiertos y lagos salados como “paisajes culturales”. Examinada más de cerca la cuestión, tanto éstos como aquéllos constituyen también la identidad de una comunidad política, en sentido histórico, económico y cultural. Forman un pedazo del “paisaje interno” de todo Estado constitucional, de su entorno, de los seres humanos que constituyen su cultura. Desde esta perspectiva, el territorio obtiene varias dimensiones, a las que debe hacer justicia en lo posible el constituyente concreto. El valor constitucional del territorio tiene muchas facetas, como la Constitución misma, en cuyos principios y valores fundamentales se integra globalmente.

### *C. La Constitución del pluralismo: formas de diferenciación cultural y de apertura externa del Estado constitucional*

Actualmente, la Constitución del pluralismo enfrenta desafíos especiales en tres campos: en el ámbito de lo nacional, en la exigencia de la federalización o regionalización, y en la apertura de todos los Estados constitucionales hacia la comunidad de las naciones (concepto clave: “Estado constitucional cooperativo”).

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

El Estado constitucional, de tipo europeo, está obligado hoy, como nunca antes, a asegurarse del valor de lo nacional. ¿Dónde está la nación en la “Europa de los ciudadanos”, de las “regiones”, de las “patrias”? ¿Son nación y Estado constitucional parcial o totalmente idénticos? ¿Puede uno apoyarse en ideas como las de Sarah Kirsch, quien siempre ha “preferido las lenguas maternas a las patrias”? No es posible documentar totalmente aquí el debate actual sobre la “identidad nacional”, pero sí podemos indicar algunas ideas clave. El Estado nacional clásico ya no puede ser el modelo obligatorio para el Estado constitucional. En la etapa

actual de desarrollo es preciso que todos los Estados constitucionales, independientemente de lo mono o pluriculturales que puedan ser en la realidad, se conciban en todos sentidos como pluralistas: incluso Francia, que encuentra su identidad cultural y política en la “República”, debe encontrar un refugio tolerante para el Islam, que ya es la segunda religión en importancia en el país. Desde hace tiempo, Suiza ha abierto caminos, como “nación de la voluntad”, hacia el pluralismo, gracias, entre otras cosas, a su ejemplar libertad lingüística. Alemania lucha dolorosamente desde hace tiempo en torno a la protección expresa de las minorías culturales; la casi fracasada “comisión constitucional conjunta” trabajó sobre la protección de minorías (1993), pero las modificaciones constitucionales puntuales del otoño de 1994 no la hicieron realidad.<sup>33</sup> Esto resulta tanto más extraño, porque varias Constituciones de los *Länder* alemanes, tanto occidentales como orientales, se han atrevido a incorporar ejemplares cláusulas sobre la protección de las minorías; así, el artículo 5o. de la Constitución de Schleswig-Holstein (1990), el artículo 25 de la Constitución de Brandemburgo (1992), y el artículo 5o. de la Constitución de Sajonia (1992).<sup>34</sup>

Aquí y ahora hay que atreverse a afirmar que la protección plena de las minorías étnicas, culturales, religiosas, pertenece, en mi opinión, a la actual “etapa de crecimiento” del tipo del Estado constitucional y que también tendría que expresarse en una etapa madura de desarrollo textual. El Consejo de Europa vigila debidamente a los países de Europa oriental respecto a cuán intensiva es su protección de las minorías, lo que resulta de actualidad para Letonia (en relación con los rusos).

#### *b.* Federalismo y regionalismo (en formación) como principio estructural interno del Estado constitucional

Ésta es la tesis: en la actualidad, el Estado constitucional, como tipo, debe estar estructurado de manera federativa o regionalista. Inclusive los Estados unitarios clásicos, como Francia o Italia, se encuentran en

<sup>33</sup> La propuesta de artículo 20 b decía lo siguiente: “El Estado respeta la identidad de las minorías étnicas, culturales y lingüísticas” (citado en el Informe de la Comisión, en *Zur Sache* 5/93, 1993, p. 31); véase mi anterior propuesta de texto en “Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus”, *Die Verwaltung*, vol. 24, 1991, pp. 169, 206 y s.

<sup>34</sup> Véanse los textos y comentarios en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 42, 1994, pp. 149 y ss.

camino hacia la regionalización. Este proceso adquiere impulso desde Europa (en parte también desde “Maastricht”: comité consultivo de las regiones, artículo 198 a) a c), reforzado en 1997 en el Tratado de Amsterdam). Los tiempos del Estado unitario centralista han concluido probablemente para el Estado constitucional como tipo. En la medida en que dicho Estado se conciba fundado en los derechos humanos y ciudadanos, en que descubra su pluralidad cultural interna, tome en serio la democracia en lo pequeño y local, y reconozca el valor de todos los tipos de división del poder, en tal medida se diversifica en sentido federal o regional.

c. La apertura del Estado constitucional hacia la comunidad de las naciones (el “Estado constitucional cooperativo”)

El Estado abierto (K. Vogel), el “Estado constitucional cooperativo”, constituyen otros tantos conceptos clave en la actual etapa de desarrollo de nuestro objeto (véase, *infra*, capítulo 2, VI, 2.). Los pactos internacionales de derechos humanos, pero también sus equivalentes regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos, constituyen un elemento de tal apertura del Estado constitucional hacia el exterior. Hoy se anuncia una “*comunidad universal de los Estados constitucionales*”; pensamos que desde un punto de vista “cosmopolita”, en el sentido de I. Kant, a pesar de todos los retrocesos y las recaídas en la era nacional. El “condicionamiento supraestatal del Estado” (W. v. Simson), pero también el condicionamiento estatal de lo supraestatal, se vuelve tangible, tanto en lo próximo como en lo lejano.

D. *La verdad como problema en el Estado constitucional:  
la libertad a partir de la cultura*

El Estado constitucional europeo constituye un foro único para los problemas que plantea la verdad:<sup>35</sup> no porque conozca “verdades terminadas, absolutas”, que darían a conocer y aplicarían los juristas, sino porque permite, gracias a los derechos fundamentales en tanto libertades culturales y en virtud de la democracia como “gobierno” temporal en

<sup>35</sup> Las particularidades sobre este tema pueden encontrarse en Häberle, P., *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995.

el sentido de Popper, destituir sin derramamiento de sangre a los gobernantes, y que “mueran las teorías en lugar de los seres humanos”. El “racionalismo crítico” de Popper, apoyado, claro está, en el consenso cultural fundamental que se expresa en el eje temporal como “contrato de las generaciones”, es, en mi opinión, la filosofía convincente del Estado constitucional europeo. Es decir, que sin duda existe la verdad, pero no podemos saber si la conocemos. Los procedimientos de ensayo y error, la formulación de hipótesis falsables y la prohibición de la mentira (I. Kant) nos auxilian, “hasta nuevo aviso”, en nuestra aproximación a la verdad, tanto en el ámbito científico como en el político. Pensamos en los correspondientes textos de Lessing y en la concepción de ciencia de W. von Humboldt. La “Constitución de la libertad” se encuentra aquí con la sociedad moderna hasta su aplicación práctica en la Europa de hoy; por ejemplo, en el “Open Society Fund” de G. Soros para Europa oriental. Sin duda hay que prevenirse de sostener una “filosofía de casa”; sin embargo, el pensamiento de Popper me parece especialmente adecuado para la “casa europea” abierta tanto como para su Estado constitucional.

*E. En particular: los llamados símbolos del Estado en el contexto de la nueva etapa de desarrollo textual*

*a. Planteamiento del problema*

Los así llamados “símbolos del Estado”<sup>36</sup> son, en la opinión tradicional, manifestación del “Estado”, el cual se concibe frecuentemente como “previo” a la Constitución. La mayoría de las veces, los símbolos del Estado se conciben, o se norman, en los documentos constitucionales más antiguos, en el contexto de la lengua oficial, del territorio y de la nacionalidad, y se manifiestan bajo la forma de banderas, himnos, escudos e incluso ciudades capital, como “atributos”, más aún, como “elementos” del Estado. Se trata de elementos fijos de los preceptos constitucionales iniciales o generales de las Constituciones de cuño antiguo y, de acuerdo con una rica tradición, deben “simbolizar” al Estado como tal. Sin embargo, tales símbolos deben admitir una interpretación distinta

<sup>36</sup> De la bibliografía: Klein, E., “Staatssymbole”, *HdbStR*, vol. I (1987), pp. 733 y ss.; Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, pp. 251 y ss.

frente al trasfondo del enfoque culturalista aquí adoptado. Así como se reconceptualiza a los elementos del Estado, y del mismo modo como en la etapa textual más reciente el problema de la lengua es visto inevitablemente en relación con las minorías lingüísticas y la pluralidad cultural, resulta preciso cuestionarse nuevamente sobre la ubicación conceptual, y por lo tanto, el lugar sistemático, de los “símbolos estatales” en el Estado constitucional, ya que las banderas, los himnos, escudos, días festivos y también las ciudades capital<sup>37</sup> no “simbolizan” al Estado, sino que apuntan a las dimensiones culturales de la comunidad política. En la sociedad abierta del Estado constitucional constituyen contenidos fundantes, “soportan” funciones que se refieren a la sociedad civil.

### b. La evolución de la nueva etapa textual

En la actual etapa textual del tipo del Estado constitucional, los artículos relativos a los símbolos del Estado pueden ser desentrañados con base en dos preguntas. Primera: ¿dónde se encuentran ubicados sistemáticamente dichos símbolos, por ejemplo, “ya” en el título preliminar? Segunda: ¿se encuentran en el contexto de cuáles otros temas constitucionales (últimamente, por ejemplo, en el contexto de las cláusulas relativas al Estado de derecho, de las garantías de los derechos fundamentales o de otros valores fundamentales —palabra clave: enriquecimiento normativo—)?

En lo particular: la Constitución de Francia (1958) ubica el idioma, la bandera, el himno y el “voto” en el título “De la soberanía” (artículo 2o.),<sup>38</sup> con lo cual se toma en serio, en la sistemática del texto, la concepción clásica de los símbolos del Estado. También la Constitución de Irlanda (1937-1992) ubica la bandera y la lengua nacional en el capítulo sobre “El Estado” (artículos 7o. y 8o.). La Constitución de Italia (1948-1993) procede de manera diferente. En el apartado sobre los “Principios

37 Véase al respecto Häberle, P., “Die Hauptstadtfrage als Verfassungsproblem”, *Die öffentliche Verwaltung*, 1990, pp. 989 y ss. También los artículos 29 de la Constitución de Polonia (1997), 10 de la Constitución de Georgia (1995), 5o. de la Constitución de Madagascar (1995), 1o. de la Constitución de Níger (1996), 8o. de la Constitución del Chad (1996).

38 También en forma similar los artículos 1o. de la Constitución de Benín (1990), 1o. de la Constitución de Guinea (1991), 1o. de la Constitución de Níger (1992). También el Estatuto autonómico de Cantabria (citado en Bar Cendón, A. et al., *Código Legislativo de Cantabria*, 1994, pp. 17 y ss.), se ocupa en su artículo inicial de los símbolos, banderas e himnos del Estado.

fundamentales” se encuentra también al final un artículo (12) sobre la bandera, después de que anteriormente se han abordado otros temas tan importantes como la protección de las minorías (artículo 6o.), la relación entre Iglesia y Estado (artículo 7o.) y se contiene una cláusula sobre el Estado de cultura (artículo 9o.). Algo del “espíritu” de la Constitución federal austriaca (1920-1994) se refleja en el modo en que el “Título Primero” se refiere al territorio, la capital federal, la lengua, la bandera y el escudo (artículos 3o., 5o., 8o. y 8o. a).

Las Constituciones de Portugal (1976-1992) y España (1978-1992) han sido concebidas y “cortadas” de modo distinto. Portugal incluye en los “Principios fundamentales” la norma sobre la estructura y los fines del Estado del artículo 2o.; luego se encuentra un artículo concentrado sobre las tareas del Estado en el artículo 9o., y sólo al final se define la bandera del país como “símbolo de la soberanía de la República, de la independencia, la unidad y la integridad de Portugal” (artículo 11) y se determina el himno nacional. Con ello queda en evidencia la vinculación con los valores fundamentales. España incorpora en el “Título preliminar” la lengua, la bandera y la capital (artículos 3o. a 5o.) en el contexto de sus valores fundamentales (por ejemplo, la libertad, la igualdad y el pluralismo político (artículo 1o., inciso 1), así como del concepto de Estado de derecho (por ejemplo, artículo 9o.: supremacía de la Constitución, publicidad de las normas, etcétera).

Así, quedan presentadas los dos versiones típicas: por un lado, temas de rango simbólico concebidos a partir del Estado; por el otro, artículos sobre símbolos ubicados en el contexto de (otros) valores fundamentales, y, por tanto, concebidos *normativamente*. Las Constituciones recientes oscilan entre ambos tipos de regulación, lo cual se mostrará con base en más ejemplos:

La Constitución de Guatemala (1985) ubica el artículo relativo a los símbolos en el título III “El Estado”. En esta parte hay disposiciones sobre el territorio, la lengua nacional y la ciudadanía (artículos 142, 147). En los artículos precedentes se abordaron el régimen de derecho, la obligación del Estado de procurar el bien común, los deberes del Estado (Preámbulo, artículos 1o., 2o.) y los derechos humanos, así como los derechos sociales fundamentales, junto con las tareas (ocasionalmente excesivas) del Estado (por ejemplo, artículos 102 y 119).<sup>39</sup> La Consti-

<sup>39</sup> La anterior Constitución del Perú (1979) relativiza el capítulo sobre el Estado, pero trata en él también los temas de la lengua oficial, la bandera (artículos 83 a 85), el escudo y el himno nacional como “símbolos de la patria”.

tución de Namibia ubica ya los “símbolos nacionales” en el artículo 2o., en el contexto del enriquecimiento sustantivo del concepto “República” (Article 1: “*Principles of democracy, the rule of law and justice for all*”). Mientras que esto podría requerirse para la autoafirmación interna y externa, los países que todavía tienen que encontrar su identidad, al desprenderse, por ejemplo, de su época colonial o, como en Europa oriental, del marxismo-leninismo, pueden recurrir decididamente al potencial significativo que tienen las disposiciones relativas a los símbolos ubicados en un primer plano.

Así, la Constitución de Eslovenia (1991) aborda los temas del escudo, la bandera, el himno, la capital y la lengua en las “Disposiciones generales” (artículos 6o., 10, 11), no sin antes haber postulado los elementos del Estado constitucional, como el Estado social de derecho, también la democracia y la división de los poderes (artículos 1o. a 3o.). En adelante, procederemos de manera cronológica, de conformidad con la tesis del gran contexto de producción y recepción de los constituyentes contemporáneos. Así, la Constitución de Turkmenistán (1992)<sup>40</sup> trata a la bandera, los símbolos del Estado y la capital al final del apartado sobre los “Fundamentos de la Constitución” (artículos 14 y 15), después de haber caracterizado suficientemente esta Constitución en sus elementos esenciales, como el Estado de derecho (Preámbulo), la supremacía de la Constitución (artículo 5o., inciso 2), la protección de la cultura y la naturaleza (artículo 10). La Constitución de Estonia (1992) ubica la lengua oficial y la bandera al final de las disposiciones generales (artículo 7), luego de que el Preámbulo y los artículos 1o. y 5o. han fijado los valores fundamentales. La Constitución de Lituania (1992) también fija los temas correspondientes al final del capítulo inicial (artículo 14: lengua; artículo 15: bandera; artículo 16: himno nacional; artículo 17: capital). Con ello se convierte consecutivamente en texto una “cuadriga” de símbolos estatales como no podría hacerlo mejor la teoría constitucional.<sup>41</sup>

40 La Constitución de Rusia (1993) trata los temas aquí discutidos apenas en el capítulo sobre la “estructura federativa”. El territorio, la lengua oficial, la bandera, el himno así como la capital se tratan de una sola vez en el mismo contexto (artículos 67 a 70).

41 De manera similar los artículos 8o. a 10 de la Constitución de la República Eslovaca (1992) y 12 a 14 de la Constitución de Rumania (1992), la cual ha definido previamente (artículo 1o.) al Estado a través de los valores fundamentales como la justicia, la dignidad humana, el Estado de derecho. Ya las Constituciones de Croacia (1991), en sus artículos 11 a 13, y de Macedonia (1991), tratan los símbolos del Estado (artículo 5o.) en medio de los demás temas constitucionales como

La Constitución de Ucrania (1996) se refiere al tema de los “*state symbols*” en el artículo 20, con el que se cierran los “principios generales” del primer capítulo. En éste se encuentran, de manera sumamente concentrada, los nuevos valores fundamentales, como los del artículo 30., inciso 2 (“*Individual rights and freedoms and the guarantee thereof determine the essence and aims of the activity of the state*”).

En Sudáfrica, en la Constitución por lo demás innovadora de la provincia de Kwazulu-Natal (1996), después de un sustancioso preámbulo (que se refiere, por ejemplo, a una “*prosperous society for the present generation and posterity*”) y un buen artículo sobre valores fundamentales, se llega al capítulo sobre “*Features of the Province*”, en el cual se tratan los “*symbols*”, “*territory*”, “*language*” (incisos 1 a 4).<sup>42</sup>

En suma: los temas que la doctrina ha tratado tradicionalmente bajo el término de “símbolos del Estado” siguen siendo una preocupación importante del Estado constitucional, en vista tanto de la situación existente como desde la perspectiva de la teoría constitucional (deber ser). En la actual etapa evolutiva es posible observar significativas transformaciones de los contextos. Sólo muy pocos países se permiten iniciar su texto constitucional, a manera de redoble de tambor, con los “símbolos oficiales”. La lengua, el territorio, la bandera, el himno y también la capital se trasladan hacia contextos diferenciados que los vinculan con los valores fundamentales del orden constitucional. Aquí encuentran su lugar, ya que justamente la Constitución del pluralismo requiere también contenidos fundantes, pero como comunidad en que el Estado existe “en razón del ser humano” (proyecto de Constitución alemana de Herrenchiessee de 1948) y que no entiende los símbolos que unen al todo

la democracia y el Estado social (artículo 1o.) y los valores fundamentales (cfr. la lista en el artículo 8o.: entre otros, los derechos fundamentales, *the rule of law*, la economía de mercado libre, el humanismo, la protección del ambiente). Este artículo 8o. se lee casi como un manual sobre los valores fundamentales del Estado constitucional de hoy (“*fundamental values of the constitutional order*”). La lengua oficial, la capital y los símbolos estatales son regulados también en un texto y contexto similares en la Constitución de Azerbaiyán (artículos 21 a 23).

42 La Constitución de Uganda (1995) trata en el capítulo dos sobre “La República” los símbolos del Estado, la capital y la bandera (artículos 5o., 6o. y 8o.). De manera ejemplar procede el artículo 2 inciso 4 de la Constitución de Sajonia (1992), relativo a la “capital, colores del *Land*, escudo”, en la medida en que en la parte de los fundamentos concede a la minoría étnica de los sorbios en sus territorios el mismo derecho de portar sus “colores y escudos”.

de la sociedad abierta “en y para sí” como parte del Estado, sino como elemento sustantivo del espacio público.

## 6. “República”- “monarquía constitucional”

### A. *La nueva vida de la cláusula republicana: un ejemplo de procesos de crecimiento en la cultura constitucional*

El ejemplo del principio constitucional de la “República” (artículos 20, inciso 1, 28, inciso 2, de la LF) muestra con cuánta fuerza se encuentra inmerso el derecho constitucional en “procesos de crecimiento cultural”, hasta qué punto los procesos de interpretación jurídica son dependientes, material y personalmente, de lo cultural, y no primariamente de lo jurídico, y de qué modo, “con el paso del tiempo”, una disposición “jurídico-formal” poco tomada en cuenta adquiere (o recupera) vida, o bien es actualizada a partir del ambiente cultural, pero también se transforma, como parte de la (re)producción y recepción culturales.

La doctrina había desatendido la cláusula republicana desde la fundación de la República Federal de Alemania. Independientemente de varios intentos de reanimación a través de referencias a la “*res publica*” y la “*salus publica*”,<sup>43</sup> sigue predominando la definición puramente negativa tomada de la teoría general del Estado: la república es la “no monarquía”.<sup>44</sup> En los años setenta se produjeron impulsos provenientes del ámbito político-cultural y literario, que se esforzaban por darle un nuevo y positivo significado y que pretendían “ocupar” el concepto; así, pensadores y poetas hicieron primeras contribuciones culturales. Recuérdense las “Cartas en defensa de la república” escritas por literatos, antes que por juristas (por ejemplo, H. Böll, N. Born, D. Kühn, H.-E. Nossack o M. Walser), o los “Discursos republicanos” de W. Jens (1979). Solamente después recordaron los juristas la plenitud de signi-

<sup>43</sup> Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a ed., 1995, pp. 56 y s.; 1a. ed. 1967, pp. 50 y s.; Häberle, P., *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 708, 728.

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, 5a. reimp. de la 3a. ed. de 1928, 1959, p. 711. Las 74 columnas del índice analítico de la *Allgemeine Staatslehre* de Herbert Krüger, 2a. ed., 1966 (1028 pp.) no conocen el término “república”.

ficados del concepto de república,<sup>45</sup> trabajando así *ex post*, consciente o inconscientemente impulsados por la reproducción cultural. Por ello es tan importante el derecho constitucional de la cultura como cultivo de lo creativo. El concepto de “república” se entiende ahora en el sentido de “libertad”, “democracia” y “responsabilidad”. (Re)activada de tal modo, la “república” puede ser vivida por todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta y puede ser realizada, jurídica y pedagógicamente en todas sus formas, como norma jurídica y objetivo de la educación.

Esta concepción *material* de la república ha superado ya una prueba en Europa: Pablo Picasso dispuso por testamento que su cuadro “Guer-nica” podría ser trasladado a España solamente hasta que se introdujera ahí la “República”. Sin embargo, los albaceas y herederos de Picasso interpretaron correctamente la fórmula “cuando prevalezcan nuevamente condiciones de democracia y libertad” en el sentido de que tal también podría ocurrir en una monarquía parlamentaria, como es la España actual. Ahora sobre su contraparte “clásica”, la monarquía.

### B. La “monarquía constitucional”

Los siguientes renglones se refieren a un objeto que ha sido desatendido hasta ahora:<sup>46</sup> los “residuos” de monarquía, que se encuentran, en los términos y en el fondo, en no pocos Estados constitucionales europeos, a saber, en las Constituciones, no escrita de Gran Bretaña, y escritas de Noruega (1814), Bélgica (1831), Luxemburgo (1868), Liechtenstein (1921), Dinamarca (1953), Mónaco (1962), Suecia (1975), España (1978) y los Países Bajos (1983). En la teoría clásica del Estado se define a la república de manera tan formal como abreviada en cuanto “no monarquía” (G. Jellinek) y un número de Estados constitucionales en Europa son “repúblicas” en la realidad. Pero, ¿de qué manera se incorporan

45 Cfr. por ejemplo Löw, K., “Was bedeutet ‘Republik’ in der Bezeichnung ‘Bundesrepublik Deutschland’”, *DÖV* 1979, pp. 819 y ss.; J. Isensee, “Republik Sinnpotential eines Begriffs”, en *JZ* 1981, pp. 1 y ss.

46 De la bibliografía: Scheuner, U., *Das Amt des Bundespräsidenten als Aufgabe verfassungsrechtlicher Gestaltung*, 1966; Kaltefleiter, W., *Die Funktionen des Staatsoberhauptes in der parlamentarischen Demokratie*, 1979; Schlaich, K., “Der Status des Bundespräsidenten”, *HdBStR*, vol. II., 1987, pp. 529 y ss. (2a. ed., 1996). Sobre el presidente italiano, véase Luciani, M., Volpi, M. (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, 1997.

como tipo las monarquías “supervivientes” en el cuadro general del Estado constitucional europeo? ¿Cuál es la contribución específica de éstas en el proceso de unificación de Europa? ¿Son un elemento vivo de la “cultura jurídica europea” o un mero “adorno” puramente formal e histórico? ¿Constituyen una variante “superada”, “superviviente”, del tipo del Estado constitucional o hacen una contribución auténtica en la evolución de sus etapas textuales hasta la actualidad? Planteada la pregunta en otros términos: ¿son las monarquías solamente “malas” repúblicas? ¿O significan más que un “recordatorio” a la doctrina de las formas mixtas de Estado?

Lo que es imprescindible, en el concierto de los Estados constitucionales europeos cada vez más unidos, es preguntar por lo que une o separa al tercio aproximado que constituyen sus monarquías, y de qué manera debe tratarlas una teoría constitucional elaborada a nivel europeo:

Una mirada a la Constitución, correspondiente a una etapa textual muy antigua, del principado de Liechtenstein, por un lado,<sup>47</sup> y a la muy moderna Constitución de los Países Bajos (1983), por el otro, revela una amplia banda de Estados constitucionales con elementos monárquicos en la Europa de 1997.

a) Es posible obtener algunos conocimientos teóricos a partir del material textual preparado sistemáticamente en otra parte,<sup>48</sup> o al menos plantear cuestiones básicas: ¿es la “monarquía parlamentaria” sólo un divertimento histórico, una supervivencia meramente aleatoria de antiguos periodos de la evolución del Estado constitucional como tipo? ¿Constituye la “república” una etapa evolutiva “superior” o solamente una modalidad más “mala”? ¿Es consecuencia necesaria de la democracia como “gobierno temporal”, o bien, le proporciona al Estado constitucional elementos de una forma estatal “mixta”, equivalentes, por ejemplo, a los que presentan modernamente los Estados constitucionales con una jurisdicción constitucional fuerte (piénsese en el Tribunal Constitucional Federal alemán)? ¿Es la república solamente “sustituta” o “heredera” de la monarquía, así como en la República de Weimar se decía que O. von Hindenburg, presidente del *Reich*, era un “emperador sustituto”? La mo-

47 Entre la bibliografía sobre Liechtenstein, Kühne, J., “Zur Struktur des liechtensteinischen Rechts”, *JöR* 38 (1989), pp. 379 y ss.

48 Cfr. al respecto Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998, pp. 1004 y ss.

narquía transmite quizá valores simbólicos que no puede satisfacer ni producir un presidente que cuando mucho puede ser reelecto una vez: la labor personal de integración del rey de Bélgica, Balduino I (que no se conoció apenas hasta su temprana muerte en 1993) o del rey de España, Juan Carlos I, el cual empleó exitosamente su reserva de legitimidad contra el intento de golpe de Estado de 1981, salvando así a la democracia. ¿No permanece la “*res publica*” como tal también en la monarquía parlamentaria, porque ésta no priva a la comunidad ni de la libertad pública ni de la *salus publica*?

b) En vista del hecho de que en Europa existen diez Estados constitucionales en cuya “cúspide” se encuentra un monarca y que prevén la sucesión dinástica del trono, una teoría de la Constitución que trabaje de manera comparativa debe ocuparse de estas estructuras monárquicas. ¿Es la monarquía hereditaria solamente “otra forma” del presidente republicano, que es electo o reelecto por periodos limitados? Si se examina esto a partir de las competencias previstas constitucionalmente, mucho habla a favor de que un presidente podría ocupar sin más el lugar del monarca, príncipe o duque, si bien respecto de la Gran Bretaña, en vista de las “prerrogativas reales”, podría ser válida otra cosa. Se puede decir esto de otra manera: con el tiempo, el presidente republicano ha ido ocupando tendencialmente las competencias cada vez más débiles del monarca. Desde la perspectiva de la división de poderes, la institución del monarca o sus manifestaciones análogas, como el “principado” (en Liechtenstein), se presenta como uno entre varios “poderes” que están integrados en la sutil estructura de funciones del Estado constitucional. Pero no podemos quedarnos en este punto de vista más bien formal, ya que la monarquía hereditaria cumple funciones de representación e integración muy específicas. Después de que casi todos los Estados constitucionales europeos, con excepción de Liechtenstein, han abandonado el “principio monárquico”, y de que han consagrado de manera más o menos expresa en los textos su contraparte, la soberanía del pueblo, se plantea la cuestión del modo en que se representa e integra al pueblo. Aquí es donde puede hacer mucho el monarca. Ciertamente también el presidente puede satisfacer la necesidad de integración y representación, piénsese en los presidentes de los EUA, de Francia o incluso de Austria, pero hay bastantes indicios de que el valor simbólico de una casa real o de una familia ducal es mayor simplemente por su duración.

c) En los textos constitucionales se muestra cuán conscientes están los constituyentes del valor de representación e integración del elemento monárquico, así como de su fuerza simbólica, en el Estado constitucional respectivo.<sup>49</sup> Y los pasajes textuales relativos a la monarquía en las Constituciones escritas pueden ser atribuidos sin más a aquel grupo de artículos que penetra hasta las capas irracionales profundas de un pueblo: análogamente a las normas constitucionales sobre los días feriados, sobre la capital, la lengua, las fórmulas de juramento o protesta.<sup>50</sup> Incluso los preámbulos que “enmarcan” y que de manera específica fundamentan a la Constitución, pertenecen a esta categoría.<sup>51</sup> En suma: también en los Estados constitucionales las monarquías penetran hasta la capa profunda de las “fuentes irracionales del consenso” (K. Eichenberger) del Estado. El Estado constitucional depende en buena medida de ellas, y en ellas tiene, literalmente, que “enraizar”, en tanto y en la medida que en lo demás dependa de la racionalidad. Como ciudadano, el ser humano tiene sus lados racionales y emocionales. El momento “litúrgico”, para no decir “ritual”, puede ser satisfecho de modo específico en una *res publica* monárquica. Ciertamente, las monarquías modernas (parlamentarias) asumen también la función de una “empresa de servicios”, como se sabe por las revelaciones sobre la casa reinante española. Pero precisamente la moderna monarquía de España demuestra la manera tan capaz y efectiva con la que una figura (el rey Juan Carlos I) puede “representar” y, literalmente, “encarnar” a la nación en los eventos culturales, las olimpiadas, las exposiciones universales (como la de 1992), pero también en lo pequeño, en las regiones y las provincias.

Ciertamente deben recordarse los “costos” de las estructuras monárquicas en el Estado constitucional, y con ello no nos referimos a los costos financieros,<sup>52</sup> sino a otra cosa: por ejemplo, al surgimiento de

49 Cfr. el artículo 56, inciso 1, de la Constitución española: el Rey como “símbolo de su unidad y permanencia” (del Estado).

50 Al respecto Häberle, P., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungssaates*, 1992, pp. 199 y ss., 297 y ss.; *id.*, *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987.

51 Véase al respecto mi lección inaugural en la Universidad de Bayreuth: “Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen” (1982), *Rechtsvergleichung ...*, cit., pp. 176 y ss.

52 Los cuales se encuentran previstos en la forma de una “lista civil” (cfr. el artículo 77 de la anterior Constitución de Bélgica, el artículo 43 de la de Luxemburgo, el 10 de la Constitución de Dinamarca, el 40 de la Constitución de los Países Bajos, el artículo 40 de la Constitución de Mónaco). En la Constitución de Liechtenstein no se encuentra la correspondiente regulación. El príncipe “cubre los costos derivados de su función de su patrimonio privado”, lo cual hizo notar expresamente el príncipe Hans Adam II en su discurso de acceso al trono en otoño de 1992.

elites privilegiadas e improductivas, de entramados de relaciones e influencias que no generan responsabilidad pública (palabra clave: “cortesanos”). Si bien esto también existe en las sedes presidenciales, la duración ilimitada de tales “subestructuras” crea, en las “no repúblicas”, peligros de tipo propio. El “*gobierno temporal*” sigue siendo un aspecto irrenunciable del Estado constitucional, y las monarquías parlamentarias ejercen también un pedazo de “gobierno”, sin importar que tan “meramente representativas” sean.

Es en esta medida que subsiste un problema residual insoluble en todos los Estados constitucionales europeos que mantienen elementos monárquicos. Sin embargo, es posible recordar, con D. Sternberger, que “no todo el poder del Estado dimana del pueblo”; ténganse presentes ciertos elementos aristocráticos que se encuentran en países que poseen una poderosa jurisdicción constitucional o que cuentan con “senados”, a fin de poder encuadrar las estructuras y funciones monárquicas de hoy en el conjunto del tipo del “Estado constitucional”;<sup>53</sup> no obstante, las tensiones y contradicciones subsisten. Por lo tanto, estas reflexiones no deben considerarse como contribución a una propia “teoría constitucional de la monarquía”, sino como intento de explicar las estructuras monárquicas existentes en diversos Estados constitucionales de Europa, de encuadrarlas en el sistema de coordenadas teóricas del tipo del Estado constitucional y de mostrarlas como variante posible, que se deja “ver” y que no constituye una mera “degeneración” o un modelo anacrónico o una supervivencia ridícula de una época pasada. Dependiendo de la historia, la concepción que tenga de sí mismo un país y de su cultura, las monarquías (parlamentarias) se presentan como variante legítima y alternativa a la “república”.<sup>54</sup> No constituyen una forma contraria al tipo del Estado constitucional, a pesar de que frecuentemente lo hayan sido

53 Sobre la “posición del monarca en la Constitución moderna”: Schmitt, C., *Verfassungslehre* (1928), pp. 288 y ss. (hay trad.: *Teoría de la Constitución*) quien encuentra en la historia comparada de las Constituciones y los Estados, términos para caracterizar al monarca como “representante” (pp. 205, 211), como “de Dios” (p. 282), como “padre” (p. 293), como “jefe del Ejecutivo” (p. 286), como “*pouvoir neutre*” (p. 287), como “sujeto del poder constituyente” (pp. 80 y s.). Loewenstein, K., *Verfassungslehre*, 2a. ed. 1969, p. 58, nota 9 (hay trad.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1965), le atribuye “a la monarquía todavía considerable importancia el día de hoy”.

54 Resulta notable la opinión de Loewenstein, K., *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, vol. I, 1967, p. 530, para quien las monarquías, como forma de Estado, parecen tanto más sólidas (excepción: Grecia) en los otros países de Europa occidental, en los cuales “ha podido resistir el tormentoso impulso hacia la republicanización”.

en la historia, y no obstante la intensidad con la que tuvieron que “constitucionalizarse” en el transcurso del tiempo (“monarquías constitucionales”).<sup>55</sup>

d) En general, resulta oportuno despedirse del concepto de la “monarquía constitucional”, pues se encuentra históricamente lastrado y ya superado en la actualidad, pues recuerda al Estado monárquico “original” que después fue constitucionalmente limitado. Actualmente sólo existen Estados constituidos. El lugar de la “monarquía constitucional” lo ha ocupado, en la evolución constitucional de Europa, el Estado constitucional monárquico, como posibilidad dentro del tipo del Estado constitucional. En el Estado constitucional, una monarquía prevista constitucionalmente es uno de los “órganos constitucionales” más allá de una “soberanía” propia de la forma que sea.<sup>56</sup> Liechtenstein constituye la excepción atípica pues este país está todavía por sufrir una “revolución retardada” (mejor: una evolución), si no es que ya se ha iniciado con su incorporación a la Convención Europea de Derechos Humanos y a la Conferencia (hoy Organización) sobre Seguridad y Cooperación Europea. El concepto y la materia de la “soberanía del príncipe” han sido desprendidos de la soberanía popular, en su texto o contenido, también en los Estados constitucionales monárquicos (así, de manera expresa, en España). Hoy incluso hay que preguntarse si la “soberanía del pueblo” ha sido superada en el ámbito estatal interno, ya que la dignidad humana de los ciudadanos es una premisa antropológico-cultural de la democracia.<sup>57</sup>

El concepto de “Estado constitucional monárquico” describe solamente el modelo básico. Como lo demuestra el análisis de los textos, existen diversas variantes sobre la posición, competencias y funciones del mo-

<sup>55</sup> Sobre el constitucionalismo en Alemania: Huber, E. R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. I, 2a. ed., 1967, pp. 652 y ss.; Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 2, 1992, pp. 103 y ss.

<sup>56</sup> Más bien retrospectivas resultan las palabras del presidente de la Cámara de representantes belga, C.-F. Nothomb, después de la entronización del nuevo rey, Alberto II (1993): “Majestad... de este modo se ha sellado la unión entre el rey y la nación, y se ha confirmado el pacto constitucional entre el país y la dinastía” (citado en el *Nordbayerischer Kurier* del 10 de agosto de 1993, p. 3). Un vocero de palacio negó que hubiera sido una “coronación” con las siguientes palabras: “Una corona es un símbolo de tiempos antiguos y no es adecuada para una monarquía relativamente joven” (*ibidem*).

<sup>57</sup> Véase al respecto Häberle, P., “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HdbStR*, vol. I, 1987, pp. 815 (846 y ss.).

narca; téngase presente el rango que hay entre Bélgica y España, pasando por Dinamarca y Suecia. Cada país puede configurar “su” monarquía en el derecho y la realidad constitucionales, con sus formas y colores propios: así, con vistas a Bélgica se ha acuñado la afortunada imagen de la “monarquía federativa” (R. Senelle),<sup>58</sup> la cual remite a la tarea y la contribución específicas del rey belga (Balduino I) en el surgimiento y conservación del Estado federal en Bélgica (función de unión entre flamencos y valones), por la que aquí resultaría insuficiente el conocido concepto del monarca como “*pouvoir neutre*”.<sup>59</sup> Otros Estados constitucionales monárquicos, como el sueco, pueden caracterizarse como puramente “representativos”, ya que no es posible ninguna participación activa del monarca en el “gobierno supremo del Estado”. Al igual que con los presidentes,<sup>60</sup> en el ejercicio de las funciones constitucionales mucho depende de la persona del monarca y de su autoridad.

e) Pocas cosas encuentran sus raíces en la historia de un país como la monarquía, por lo que resulta casi imposible fundarlas en el foro de la obra constitucional de un constituyente concreto y mucho menos en nuestros días. España constituye una excepción, porque ahí, a partir de 1975, la monarquía se convirtió en pilar de transición entre el sistema autocrático de Franco y un Estado constitucional; afortunadamente ha permanecido como tal, y fue posible fundarla en los derechos al trono de una dinastía. Sin embargo, puede recordarse también que en Italia se suprimió a la casa reinante después de la segunda guerra mundial (1946) y que Grecia optó por la república en un plebiscito (1974). En Liechtenstein se vive una crisis constitucional desde 1992, que puede poner en cuestión a la casa reinante misma; en todo caso, resulta improbable que Liechtenstein quiera y pueda vivir por tiempo indefinido bajo “dos soberanos” (príncipe y pueblo representado en el parlamento). En general, resulta difícil esperar que un Estado constitucional quiera regresar a la “forma de Estado” de la monarquía parlamentaria. Y esto resulta cierto para Grecia, Rumanía, Albania, Serbia y Bulgaria.<sup>61</sup>

58 Cfr. *JöR* 36, 1987, pp. 121, 133 y s.

59 Véase al respecto Kimminich, O., *op. cit.*, *VVDStRL*, vol. 25, 1967, pp. 2 (38 y ss), así como Pernthaler, P., *ibidem*, pp. 95 (146 y ss.).

60 Véase al respecto Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995, p. 275.

61 La actuación ejemplar del “buen rey” y “buen ser humano” Balduino I tuvo consecuencias políticas poco antes de su muerte: el ex rey griego Constantino dijo (según el *Nordbayerischer*

Sin embargo, la monarquía podría tener oportunidades futuras con vistas al proceso de unificación europea. ¿Necesita la Unión Europea una cúspide monárquica? ¿Podría ser la monarquía uno de los temas de la “Constitución de Europa” en formación? En mi opinión, la única respuesta posible es: ¡no! Si bien la teoría constitucional tiene que pensar también en la dimensión de la “política científica de las existencias”, por lo que la pregunta planteada es legítima, un examen más cuidadoso habla totalmente en contra de la idea “sensacional”, que con gusto se discute en algunos medios, de una “monarquía europea”. Las monarquías solamente pueden surgir de las profundidades de la historia de los diversos pueblos, por lo que no es posible crearlas de un día para otro. No obstante lo queridas que puedan ser las casas reinantes en los Estados constitucionales europeos mencionados, ninguna podría satisfacer las funciones de integración y representación respecto de “toda Europa”. Tampoco ninguna asamblea constituyente europea tendría poder suficiente para convertir a alguna de las casas existentes en “casa reinante europea”. En un sentido profundo, la “casa europea” debe constituirse en forma republicana. En el “concierto europeo” las diversas monarquías de algunas casas y países se consideran como un bienvenido toque de color y como prueba de la diversidad de las culturas constitucionales nacionales, pero en el plano de Europa debería establecerse, en la medida en que fuera necesaria, una representación republicana. En primer plano subsiste la supresión del muy lamentado déficit democrático y esto debe remediarse en el foro del Parlamento Europeo y por el “espacio público” europeo. El presidente del Parlamento Europeo debería adquirir las funciones de integración y representación que requiere actualmente. La “Constitución de Europa” debería ser, formal y materialmente, republicana.

Kurier del 10 de agosto de 1993, p. 3): “Si el pueblo griego desea tener una monarquía constitucional y me desea para tal fin, estoy a su disposición”. La fuerza unificadora de Balduino podría ser también una lección para algunos nacionalismos separatistas en Europa. El nuevo rey belga, Alberto II, en su discurso de entronización, tomó como punto de partida el último discurso de Balduino y habló de la tolerancia y el espíritu ciudadano, con el cual deberían acercarse los flamencos y los valones (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 10 de agosto de 1993, p. 5).