

CAPÍTULO QUINTO. Manifestaciones particulares . . . . .	169
I. La dignidad humana como “premisa antropológico-cultural” del Estado constitucional, la democracia como “consecuencia organizativa” . . . . .	169
1. La dignidad humana como “premisa antropológico-cultural” . . . . .	169
A. Planteamiento del problema . . . . .	169
B. Algunas consecuencias . . . . .	170
C. La dignidad humana en relación con el tú y en la solidaridad de las generaciones . . . . .	171
D. La dignidad humana en el cambio cultural . . . . .	172
2. La vinculación entre dignidad humana y democracia . . . . .	172
A. El pensamiento “clásico” de la separación y su crítica . . . . .	172
B. Cambios en los textos constitucionales . . . . .	173
3. Los derechos humanos fundamentales en el Estado constitucional . . . . .	175
Referencias del Estado y los textos constitucionales a los derechos humanos —una tipología comparativa: la progresiva “constitucionalización” de los derechos humanos como positivización . . . . .	175
II. “Aspectos de filosofía de las imágenes”: imagen del hombre, del Estado, del pueblo, de Dios, del mundo . . . . .	178
III. “Libertad cultural”, libertad a partir de la cultura, los derechos humanos fundamentales en el Estado constitucional . . . . .	180
1. Libertad cultural . . . . .	180

2. En particular: los “derechos fundamentales”, la distinción entre “derechos humanos” y “derechos ciudadanos”, y en particular: el “ <i>status mundialis hominis</i> ” . . . . .	182
IV. Fines de la educación (los derechos humanos como fines educativos), “pedagogía constitucional” y valores orientadores . . . . .	187
1. Fines de la educación . . . . .	187
A. Los fines de la educación como elementos formadores de consenso en el Estado constitucional . . . . .	187
B. Los fines de la educación como condiciones de base de la Constitución del pluralismo . . . . .	189
C. Los fines de la educación como medios para una “pedagogía constitucional” . . . . .	190
D. La educación de la juventud: una mandato de la “Constitución como contrato” . . . . .	191
2. Valores orientadores . . . . .	191
V. La democracia como consecuencia organizativa de la dignidad humana . . . . .	193
1. Variantes de la democracia . . . . .	193
2. Reflexiones de teoría democrática como legitimación . . . . .	200
VI. La división de poderes en sentido estricto y en sentido amplio —constitución de los órganos y división de funciones en interés de la realización de tareas . . . . .	203
1. La división de poderes en sentido amplio y en sentido estricto . . . . .	203
2. Constitución de los órganos y división de funciones en interés del cumplimiento de las tareas estatales . . . . .	208
A. El Parlamento . . . . .	210

B. Excurso: el jefe de Estado: presidente o monarca	215
C. El gobierno . . . . .	217
D. La administración . . . . .	218
E. La jurisdicción . . . . .	221
VII. El Estado social de derecho . . . . .	224
VIII. Estado de cultura y derecho constitucional de la cultura: el concepto abierto de cultura . . . . .	229
1. Ámbitos materiales en Alemania . . . . .	229
2. Formas técnico-jurídicas de manifestación . . . . .	230
A. Diversidad técnico-jurídica de las normas consti- tucionales de la cultura en los “viejos” Estados constitucionales . . . . .	230
B. Los países en desarrollo en el campo del derecho constitucional de la cultura . . . . .	231
C. El concepto abierto de cultura como fundamento .	241
D. La relación con la teoría constitucional como cien- cia cultural . . . . .	242
IX. Bien común y tareas del Estado (el enfoque material y pro- cesal) . . . . .	243
1. Bien común . . . . .	243
2. Tareas del Estado . . . . .	245
X. Trabajo y propiedad, economía social y ecológica de mer- cado . . . . .	253
1. Elementos de una “teoría constitucional del trabajo”	253
2. Economía social y ecológica de mercado . . . . .	258
XI. Federalismo y regionalismo como pluralismo territorial y división cultural de poderes . . . . .	261

1. Federalismo: el “Estado federal cultural”, la concepción culturalista del Estado federal —la teoría “mixta” del Estado federal . . . . .	261
A. Fundamentación . . . . .	261
B. El principio federativo en la LF y los elementos determinantes del tipo del Estado federal . . . . .	263
2. El regionalismo desde la perspectiva culturalista y comparativa . . . . .	265
A. El concepto constitucional de “región”: un conjunto abierto de diversas magnitudes mixtas —lineamientos textuales, la imagen de la “escala” . . . . .	265
B. Las siete causas de legitimación (del federalismo y el regionalismo) . . . . .	269
XII. Máximas de justicia en el Estado constitucional . . . . .	270
1. Planteamiento del problema . . . . .	270
2. Elementos de un inventario . . . . .	271
3. Análisis, primeras conclusiones teórico-constitucionales . . . . .	273
XIII. Preámbulos, referencias a Dios, derecho constitucional de la religión, así como el derecho del domingo y los días festivos . . . . .	274
1. Preámbulos . . . . .	274
A. El preámbulo como fundamentación y profesión de fe . . . . .	274
B. La función de puente en el tiempo . . . . .	276
2. Referencias a Dios . . . . .	277

3. “Derecho constitucional de la religión” en el Estado constitucional . . . . .	278
4. Días festivos-domingos . . . . .	280
A. Días festivos . . . . .	280
B. Domingo y cultura dominical en el Estado constitucional, comportamiento dominical en la sociedad del tiempo libre, realidad del domingo . . . . .	285
XIV. Defensa de la Constitución . . . . .	286

## CAPÍTULO QUINTO. MANIFESTACIONES PARTICULARES

### I. LA DIGNIDAD HUMANA COMO “PREMISA ANTROPOLÓGICO-CULTURAL” DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, LA DEMOCRACIA COMO “CONSECUENCIA ORGANIZATIVA”

#### 1. *La dignidad humana como “premisa antropológico-cultural”*

##### A. *Planteamiento del problema*

A pesar de la gran tradición jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán,<sup>298</sup> no se advierte ninguna fórmula que pueda considerarse suficiente, “manuable”, de lo que es la dignidad humana. De las diversas cláusulas sobre la dignidad humana de las Constituciones se llega a percibir, “entre líneas”, que aquéllas están referidas a una concepción culturalmente específica de la dignidad humana. Esto plantea la cuestión de la dependencia cultural (y sobre todo, de la dependencia religiosa) de las concepciones de la dignidad humana.<sup>299</sup> Así, por ejemplo, la posición de la mujer en el Islam, ¿es contraria a un contenido de la dignidad humana válido en todo el mundo (“universal”) e irrenunciable? ¿O más bien se aplica la famosa frase: “*The mores can make anything right*” (William G. Sumner)? ¿Existe un “núcleo” de la dignidad humana que sea independiente del ámbito cultural?

Esta pregunta solamente puede responderse en forma específica respecto de los derechos fundamentales.<sup>300</sup> Hay que partir de la tesis de

<sup>298</sup> Referencias en Häberle, P., “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HdBSiR* vol. I (1987), 2a. ed., 1995, pp. 815 (820 y ss.); por último Dreier, H., en *id.* (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 1996, artículo 1o., inciso 1, núms. marginales 81 a 86. Por último, BVerfGE 89, 28 (35); 93, 266, en relación con la protección del honor personal. Véase también E 94, 12 (24); 95, 96 (130); 97, 391 (399 y s.).

<sup>299</sup> *Cfr.* BVerfGE 12, 1 (4): “actuales pueblos civilizados”, “piso de ciertas concepciones morales básicas coincidentes en el curso de la evolución histórica”; *cfr.* también BVerfGE 23, 236 (246).

<sup>300</sup> Véase ya BVerfGE 12, 45 (50 y s.); más tarde, E 54, 341 (357).

que el conjunto de los derechos de tipo personal, por un lado, y los deberes, por el otro, deben permitir al ser humano llegar a ser persona,<sup>301</sup> serlo y seguir siéndolo. En esta garantía jurídica, específica de los ámbitos vitales, del *ser persona*, de la identidad, encuentra la dignidad humana su lugar central: el cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la “dignidad humana”. Aquí deben distinguirse dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto de identidad válido *entre culturas* (y por tanto, universal).

### B. Algunas consecuencias

Si se observan los conceptos de identidad psicológicos y científico-sociales, se advierte una similitud material (no terminológica): la identidad parece realizarse en una libertad contenida por un “marco” determinado; dicho marco es, en parte, también la “superestructura” jurídica de la sociedad, y en él, el principio de la dignidad humana transmite al individuo determinadas “concepciones normativas de la persona”, las cuales se hallan marcadas por la cultura en la que han surgido.<sup>302</sup>

Sin embargo, la dignidad humana no sólo es analizable en términos culturalmente específicos. Ya una mirada a los conceptos de identidad válidos entre culturas muestra que ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana deben ser tomados en cuenta en todas las culturas, con lo cual se convierten en contenido de un concepto de dignidad humana que no sea reductible a una cultura específica.

Más allá de lo anterior, no es estático en lo absoluto el marco de orientación frente al cual llega a ser persona el ser humano, desenvolviéndose de manera libre pero orientada. Las posibilidades garantizadas, es decir, socialmente aceptadas, de desenvolvimiento y comunicación por ejemplo, en forma de roles estabilizados, como los “modelos” de una profesión, se convierten en parte del marco de orientación (que no es sólo jurídico); la especificidad cultural de las concepciones sobre la dignidad humana se convierte así en especificidad cultural en el tiempo,

301 Así ya Wintrich, J. M., *Zur Problematik der Grundrechte*, 1957, especialmente la p. 6: le corresponde al ser humano su dignidad, porque “en esencia es” persona.

302 Véase también Zippelius, R., *Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung)*, artículo 4 de la LF (1996), número marginal 4: “El segundo concepto capital de las concepciones vivientes en nuestra comunidad cultural (!) sobre la dignidad humana es la autonomía moral”.

y el marco de orientación se hace más flexible y diferenciado gracias al creciente número de sus posibilidades de orientación,<sup>303</sup> por lo que se vuelve difícil, si no es que imposible, el regreso a las tradicionales concepciones estáticas.

Dicho en otras palabras: la fórmula del *objeto* de Dürig se convierte en fórmula del *sujeto*; el Estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos *sujetos* de su actuación.<sup>304</sup> En este sentido, la dignidad humana es la biografía desarrollada y en desarrollo de la relación entre el ciudadano y el Estado<sup>305</sup> (y con la desaparición de la separación entre Estado y sociedad, de la relación Estado/sociedad-ciudadanos). Aquí reside la justificación (parcial) de destacar a la dignidad humana como autopresentación exitosa de una persona constituida en individuo y, por tanto, como logro propio de cada ser humano en lo individual,<sup>306</sup> la que, por ejemplo, resulta evidente, en términos prácticos, como “derecho a la autodeterminación informacional”.<sup>307</sup> El concepto (de la percepción y el logro) de la identidad se entiende aquí, en virtud de la apertura de aquel marco orientador para la dignidad humana, en un sentido amplio que incluye las condiciones de posibilidad sociales y jurídicas.<sup>308</sup>

### C. La dignidad humana en relación con el tú y en la solidaridad de las generaciones

Los conceptos científico-sociales de la identidad comprueban además otra idea jurídica: en la dignidad humana se concibe de entrada también la relación con el tú. El reconocimiento de la “igual dignidad humana

<sup>303</sup> Por lo tanto, también es funcionalmente “correcto” normar un derecho fundamental “residual” o general (“*Auffang-Grundrecht*”), como el artículo 2o., inciso 2, de la LF, que en unión con el artículo 1o., inciso 1, puede actuar hacia el futuro.

<sup>304</sup> De manera clara BVerfGE 38, 105 (114 y s.); 9, 89 (95); E 87, 209 (228); véase también E 89, 28 (en especial la p. 35). Fundamental el trabajo de Dürig, G., *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde* (1956), recogido más tarde en *id.*, *Gesammelte Schriften*, 1984, pp. 127 y ss.

<sup>305</sup> El artículo 79, inciso 3, de la LF no se refiere tanto a conceptos abstractos ético-filosóficos de dignidad, sino más bien a la biografía desarrollada de la relación Estado/(sociedad)-ciudadanos.

<sup>306</sup> Luhmann, N., *Grundrechte als Institution*, 1965, 2a. ed., 1974, pp. 68 y ss.; Podlech, A., *GG-AK*, 2a. ed., vol. I, 1989, artículo 1o., inciso 1, número marginal 11.

<sup>307</sup> *Cfr.* BVerfGE 65, 1 (41 y ss.). Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, pp. 112 y ss.

<sup>308</sup> Un concepto más estricto en Podlech, A., *Alternativ-K. GG*, artículo 1o., inciso 1 (1989), números marginales 34 y ss.

del otro”<sup>309</sup> constituye el puente dogmático hacia la adecuación relativa al tú de la dignidad humana “del uno”, tal como lo han concretizado de manera especial la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la imagen del hombre<sup>310</sup> o el catálogo de los derechos fundamentales, en particular los artículos 6o. y 140, 9o. y 21, o el artículo 28, inciso 2, de la LF.<sup>311</sup> La referencia al “otro”, al “prójimo”, al “tú” y al “hermano” (en el sentido de la fraternidad de 1789), hoy también a la “hermana”, es una parte integral del principio jurídico-fundamental de la dignidad humana.

#### D. *La dignidad humana en el cambio cultural*

El enunciado constitucional sobre la dignidad humana trae consigo un grado mínimo de capacidad de desarrollo y, con ello, también de transformación de la dignidad humana que es “absoluta” en apariencia. De este modo, los peligros en el campo ambiental entran apenas recientemente en la conciencia general, o bien, sólo en época próxima se tiene percepción de algún grupo social marginal (como el de los trans-sexuales): las cláusulas sobre la dignidad humana se encuentran en el contexto de la cultura constitucional, la cual apunta más allá de lo jurídico en la Constitución, hacia lo cultural, es decir, hacia los textos clásicos lo mismo que hacia utopías concretas (por ejemplo, la de los ecologistas), hacia las experiencias de un pueblo (por ejemplo, con las tiranías), así como hacia las esperanzas (hasta 1990, unidad de Alemania, hoy, la de Europa).

### 2. *La vinculación entre dignidad humana y democracia*

#### A. *El pensamiento “clásico” de la separación y su crítica*

El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana. En la historia de las ideas, la soberanía

309 Cfr. sobre los derechos de igualdad: *HdBStR*, vol. V (1992), pp. 837 y ss. (en especial Kirchhof, P.); Hesse, K., “Der Gleichheitssatz in der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *FS Lerche*, 1993, pp. 121 y ss.

310 Al respecto véase Häberle, P., *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988, pp. 44 y ss. De la bibliografía: Bergmann, J. M., *Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1995.

311 Sobre el “*status corporativus*”, Häberle, P., *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3a. ed., 1983, pp. 376 y ss.

popular y la dignidad humana fueron concebidas y “organizadas”, la mayoría de las veces, en forma separada. La soberanía popular era la contrapartida político-polémica de la soberanía del príncipe o monarca.<sup>312</sup> Su concepción clásica en la tradición de Rousseau (“toda la soberanía dimana del pueblo”) impregna los textos constitucionales escritos y la tradición científica hasta la fecha. Su fuerza de convicción es tanta que las correcciones se toman en cuenta de manera periférica, los cuestionamientos fundamentales casi no lo son y muy rara vez se perciben las variantes sustanciales de los textos constitucionales. En la frase de Dolf Sternberger “no todo el poder del Estado dimana del pueblo” reside todavía una inclinación involuntaria frente a la posición de J.-J. Rousseau que se está combatiendo. En el postulado de la democracia con división de poderes o del Estado de derecho<sup>313</sup> radica asimismo tanto una corrección de las doctrinas “absolutas” de la soberanía popular como una indicación de la fragmentación pluralista de la voluntad del pueblo.<sup>314</sup> Sin embargo, sigue siendo una tarea pendiente la de desprender a la soberanía popular de su origen histórico-polémico para verla en vinculación con la dignidad humana.

## B. Cambios en los textos constitucionales

Una comparación de los textos constitucionales muestra, en el caso de las Constituciones más antiguas, al pueblo como elemento primario de la doctrina de los tres elementos de las teorías generales del Estado. Ocasionalmente se degrada al ciudadano a la calidad de “objeto” del poder estatal de manera textual, por un lado, en la tradición de la doctrina de la soberanía popular, es decir, según la fórmula “todo el poder del Estado dimana del pueblo”, por el otro lado, llama la atención la figura codificadora del Estado nacional: el pueblo es postulado como unidad “nacional” (frente a las minorías étnicas), en el sentido de “pueblo alemán” y similares.

Algunos textos constitucionales más recientes recorren, casi sin que se advierta, una vía distinta,<sup>315</sup> ya sea modificando la cláusula de la so-

<sup>312</sup> Sobre la soberanía *cf.* la exposición básica de Dagtoglou, P., voz “Souveranität”, *EvStL*, 1966, cols. 2321 y ss. (ahora en 3a. ed., 1987, cols. 3155 y ss.).

<sup>313</sup> Bäumlin, R., *Die rechtsstaatliche Demokratie*, 1954.

<sup>314</sup> Hesse, K., *op. cit.*, pp. 61 y s.

<sup>315</sup> De manera puntual se indica la relación entre pueblo y derechos humanos, por ejemplo, en el § 130 de la Constitución de la Iglesia de San Pablo (1849); véase también el artículo 1o., frase

beranía popular,<sup>316</sup> o bien, construyendo la parte de los derechos fundamentales de manera tan evidente a partir de la garantía de la dignidad humana, que esto no puede quedar sin efectos sobre la concepción de la tradicional cláusula de la soberanía popular, así por ejemplo, en el artículo 1o. de la LF, que “corrige” al artículo 20, inciso 2. Si de acuerdo con el proyecto constitucional de Herrenchiemsee de 1948 (artículo 1o., inciso 1), “el Estado se encuentra al servicio del ser humano” (y no a la inversa), entonces bien puede ser que todo el poder del Estado “dime” del pueblo, pero este enunciado encuentra ya su “premisa primaria” en la dignidad humana! Es el “punto de referencia arquimédico” de todas las derivaciones y contextos del gobierno y de las “cadenas de legitimidad”, que también son necesarias en el Estado constitucional. El “gobierno del pueblo” (por el pueblo y para el pueblo) es concebido apenas en una segunda etapa del razonamiento. Como principio jurídico, la protección de la dignidad humana (¡y también su irradiación hacia los derechos fundamentales en lo particular!) es anterior al “Estado” y al “pueblo” y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado (*cf.* al respecto BverfGE 93, 37 (67 y s.)).

Un paralelismo entre dignidad humana y soberanía popular se advierte ya claramente en los artículos 1o. y 2o. de la Constitución de Grecia (1975). El artículo 1o., inciso 2, reza: “La soberanía del pueblo es el fundamento sobre el que descansa la forma de gobierno”; el inciso 3: “Todos los poderes emanan del pueblo, existen para su beneficio...”, etcétera. Cuando el artículo 2o., inciso 1, norma la “obligación fundamental” del Estado de respetar y proteger la dignidad humana, de entrada se encuentran vinculados la soberanía popular y el concepto de la dignidad humana, pero el artículo 1o. de la Constitución de Portugal (1976-1992) formula todavía mejor esta vinculación.<sup>317</sup>

2, de la Constitución federal austriaca (1920): “Su derecho proviene del pueblo”. El encabezado del apartado de derechos fundamentales de la Constitución de Japón (1946) reza: “Los derechos y deberes del pueblo” (citado en Neumann, R., *Änderung und Wandlung der japanischen Verfassung*, 1982, p. 187).

<sup>316</sup> *Cfr.* el artículo 1o., inciso 2, de la Constitución del Burgenland: “El Burgenland se funda en la libertad y la dignidad del ser humano”.

<sup>317</sup> “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria”.

### 3. Los derechos humanos fundamentales en el Estado constitucional

#### *Referencias del Estado y los textos constitucionales a los derechos humanos —una tipología comparativa: la progresiva “constitucionalización” de los derechos humanos como positivización*

Un primer conocimiento sobre la relación entre derechos humanos<sup>318</sup> y Estado constitucional puede obtenerse de una comparación espacio-temporal de los textos constitucionales mismos. La teoría de la Constitución, entendida como “ciencia jurídica de los textos y la cultura”, toma los textos constitucionales positivos como punto de partida, los sitúa en sus contextos culturales y de este modo es capaz de reconstruir la evolución del tipo del Estado constitucional, porque los constituyentes de todos los tiempos y naciones se encuentran en un proceso intensivo de producción y recepción. De este modo ha surgido hoy día un espacio público mundial del Estado constitucional. Puesto que el constituyente más reciente no sólo “copia” los textos antiguos de los otros, sino que retoma en parte también la jurisprudencia y la doctrina constitucionales ajenas y las vacía en textos, y en virtud de que además de que trata de dar forma de texto nuevo en parte a la realidad constitucional ajena, y plenamente de su lado a la “Constitución no escrita”, el Estado constitucional se vuelve tangible, como tipo ideal y real, en el “curso del tiempo”, a través de la “evolución de etapas textuales”. Independientemente de todas las variantes nacionales y de las diferencias contextuales de las diversas Constituciones, gracias al paradigma de las etapas textuales es posible dar un nombre y vaciar en conceptos a la dinámica y la estática,

<sup>318</sup> La bibliografía ya es inabarcable: por ejemplo, Schwartländer, J. (ed.), *Menschenrechte: Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung*, 1978; *id.* (ed.), *Menschenrechte und Demokratie*, 1981; Kühnhardt, L., *Die Universalität der Menschenrechte*, 1987; Mensen, B. (ed.), *Grundrechte und Menschenrechte in verschiedenen Kulturen*, 1988; Maier, H., “Überlegungen zu einer Geschichte der Menschenrechte”, *FS Lerche*, 1993, pp. 43 y ss.; *id.*, *Wie universal sind die Menschenrechte?*, 1997. De la bibliografía estadounidense sobre los derechos fundamentales: Abernathy, G. M. y Perry, B. A., *Civil Liberties Under the Constitution*, 6a. ed., 1993; Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 1977 (hay trad. *Los derechos en serio*); Vieira, N., *Civil Rights in a Nutshell*, 2a. ed., 1989; véase también Brugger, W., *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten*, 1987. Sobre Francia: Itin, M., *Grundrechte in Frankreich*, 1993; Gicquel, J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 11a. ed., 1991, pp. 87 y ss. Sobre Italia: Pace, A., *Problemática delle libertà costituzionali*, 2 partes, 2a. ed., 1990 y 1992; Ridola, P., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, 1997; Modogna, F., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, 1995.

lo común y lo distinto, lo nuevo y lo viejo, del tipo del “Estado constitucional” y sus temas. Por ejemplo, los dos países ibéricos y el contexto cultural especial en que se encuentran con América Latina, para gran utilidad de toda Europa (hay que mencionar el gran arco que va de la Constitución de Cádiz de 1812 a la nueva Constitución de Colombia de 1991), abre perspectivas especiales a la teoría comparada de la Constitución.

a. Los derechos humanos como parte integrante  
de las cláusulas generales de reconocimiento

Un elemento textual ya clásico lo constituyen las cláusulas generales de reconocimiento de los derechos humanos, ya sea en los preámbulos o en los artículos de bases. Su modelo estilístico es el preámbulo de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 (“derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”); ya la Declaración de Derechos de Virginia (1776), contiene la frase (en I.) de que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes”. Más tarde reza el preámbulo de la Constitución francesa (1958-1976): “El pueblo francés declara solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre... tal como fueron definidos por la Declaración de 1789...”.<sup>319</sup> Quizá el giro lingüísticamente más bello sea el logrado por el preámbulo de la Constitución del Cantón suiza del Jura (1977): “*Le peuple jurassien s’inspire de la Déclaration des droits de l’homme de 1789, de la Déclaration universelle des Nations unies proclamée en 1948 et de la Convention européenne des droits de l’homme de 1950*”.<sup>320</sup> El preámbulo de la Constitución del Perú de 1979 se manifiesta resuelto a fundar un Estado democrático, que “garantice, a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos”.

<sup>319</sup> Por ejemplo, se dice en el preámbulo de la Constitución de Baden-Württemberg (1953): “en reconocimiento solemne de los derechos inviolables e inalienables del hombre y de los derechos fundamentales de los alemanes...”.

<sup>320</sup> (“El pueblo del Jura se inspira en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en la Declaración Universal de Naciones Unidas proclamada en 1948, y en la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950”.) Este texto es retomado por el artículo 2o., inciso 2, de la Constitución de Brandemburgo (1992): “El pueblo del *Land* de Brandemburgo reconoce los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la Carta Social Europea y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos”.

En el artículo 2o. de los principios fundamentales de la Constitución de Italia (1947) se dice: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales...”. De acuerdo con el preámbulo de la Constitución española (1978), la nación española proclama su voluntad de proteger “a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos...”. Aquí podemos remitirnos a otros ejemplos.<sup>321</sup> El artículo 7o., inciso 1, de la Constitución de Sudáfrica (1996-1997) dispone plásticamente: “*This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa*”.

### b. Los derechos humanos como fines de la educación

Al vincularse con los fines de la educación (*Erziehungsziele*), los derechos humanos establecen un vínculo bastante “nuevo” con temas constitucionales internos. El Estado constitucional “internaliza” los derechos humanos de un modo específico, porque, y en la medida en que los convierte en tema de los fines de la educación. En el fondo pretende educar a sus ciudadanos, desde la juventud, como “ciudadanos del mundo”; aquí se puede recordar el espíritu misionero de los EUA, quizá también el *pathos* universal de 1789 y el idealismo alemán.

El artículo 27, inciso 2, de la Constitución española es pionero en este sentido:<sup>322</sup> “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Esta idea

<sup>321</sup> El artículo 2o. de la Constitución de Turquía (1982): Respeto de los derechos humanos. El artículo 1o. de la Constitución de Baden (1947) pone los derechos humanos “inalienables y sagrados” bajo la protección de la Constitución. Véase también el artículo 1o. de la Constitución de la República Checa de 1992 (citado en *JöR*, vol. 44, 1996, pp. 458 y ss.): “La República Checa es un Estado de derecho soberano, unitario y democrático fundado en el respeto de los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano”. Preámbulo de la Constitución de Bulgaria de 1991: “*ériteant en principe suprême les droits de l’individu, sa dignité et sa sécurité...*”. Artículo 12, inciso 1, de la Constitución de la República Eslovaca de 1992 (citado en *JöR*, vol. 44, 1996, pp. 478 y ss.): “*People are free and equal in their dignity and rights*”. Preámbulo de la Constitución de Georgia (1995): “*The Citizens of Georgia... guarantee universally recognized human rights...*”.

<sup>322</sup> Una formulación más temprana podría ser la de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania de 1947, cuando exige que se eduque a la juventud en la “verdadera humanidad”, o el artículo 131, inciso 2, de la Constitución de Baviera (1946), que eleva el respeto de la dignidad del hombre a la categoría de fin de la educación (*cf.* también ahora el artículo 28 de la Constitución de Brandemburgo de 1992).

es recibida en el artículo 22, tercer párrafo, de la Constitución peruana de 1979 con las siguientes palabras: “La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en todos sus niveles”. Más tarde se dice, y en forma mejorada, en el artículo 72, párrafo segundo, de la Constitución de Guatemala (1985): “Se declaran de interés nacional la educación, la instrucción, formación social y la enseñanza sistemática de la Constitución de la República y de los derechos humanos”.

## II. “ASPECTOS DE FILOSOFÍA DE LAS IMÁGENES”:

### IMAGEN DEL HOMBRE, DEL ESTADO, DEL PUEBLO, DE DIOS, DEL MUNDO

La teoría de la Constitución, entendida como ciencia jurídica de los textos y la cultura, puede asociarse con una “filosofía de las imágenes”, ya que la teoría del derecho del Estado trabaja desde hace tiempo (siguiendo la jurisprudencia respectiva del TCFA) con la categoría de la “imagen del hombre” (*Menschenbild*),<sup>323</sup> la cual es un aspecto de una triada, junto con la “imagen del Estado” y la “imagen del mundo”. El hombre, el Estado constitucional y el mundo denotan cosas que van juntas, también, y precisamente, para el jurista, el cual ciertamente, tratándose de este tema, tiene todo el motivo de abrirse ampliamente a las otras disciplinas, ya que éstas participan en la constitución del “mundo” —al menos en la (re)construcción a través del ser humano—; piénsese en el “*ethos* mundial” entre los pueblos que propone el teólogo H. Küng, el cual pretende ser al mismo tiempo proyecto y patrimonio cultural. La teoría del Estado constitucional podría tener actualmente razones especiales para cuestionar sus competencias y funciones con vistas al mundo (no solamente porque la mayoría de los Estados sean Estados constitucionales o quieran serlo), ya que asume toda clase de responsabilidades que se refieren al mundo y es sujeto en forma especial del derecho internacional en desarrollo, en el plano universal en el marco de las Naciones Unidas, como también regionalmente por la vía de la ayuda al

<sup>323</sup> Véase al respecto Häberle, P., *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988 (pp. 12 y ss.), donde se aborda por primera vez la cuestión de la “imagen del mundo”.

desarrollo, por ejemplo, para África, o también en forma de exigencias e intervenciones, como la de la Unión Europea en los Balcanes.

Ciertamente son otras ciencias y las artes las que, mucho antes que la teoría constitucional, han escogido como su objeto al “mundo” o, desde el punto de vista humano, a la “humanidad”. Así tenemos la gran obra de J. G. Herder “Ideas para una historia de la filosofía de la humanidad” (1785), o las “Ideas para una historia universal en clave cosmopolita” de Kant (1775-1795); también conocemos así las “reflexiones sobre la historia universal” de J. Burckhardt (1905).<sup>324</sup> Antes que ellos ya hablaba G. W. F. Hegel del “espíritu universal” y del “juicio universal” (1821). La ciencia histórica ha intentado siempre escribir una “historia universal”. Un A. Heuss no deseaba estudiar sino altas culturas que poseyeran una cierta “vocación universal” (“*Welthaftigkeit*”), que durante cierto tiempo hubieran ejercido una influencia en el mundo. Esta “vocación universal” podría atribuírseles a las altas culturas china, hindú, árabe-musulmana, y sobre todo, a la europea. Es esta última la que hoy en día marca a la humanidad, contra la creciente resistencia del “mundo” islámico, por ejemplo, en materia de derechos humanos, democracia y economía social de mercado. De este modo podríamos considerar, con H. Freyer, que la historia universal del siglo XX ha sido una “historia universal de Europa”,<sup>325</sup> pero ciertamente no sería cinismo constatar que las primeras “guerras mundiales” calificadas como tales, empezaron en Europa. Ciertamente, a la búsqueda de la “imagen del mundo” europea, tendremos particular éxito en encontrarla en las artes (plásticas), por ejemplo, de la Edad Media y después de 1492. Y J. W. v. Goethe hizo su aportación anticipada en el verso: “De Dios es el Oriente, de Dios es el Occidente, en la paz de sus manos descansan las tierras del norte y del septentrión”.

¿Cómo se constituye este mundo único, esta “sociedad mundial” (N. Luhmann) desde la perspectiva de la teoría comparada de la Constitución? ¿Acaso no se excede en vista de la diversidad de culturas y del “choque de las civilizaciones”? ¿O no tendrá más bien que ocuparse de elementos de su imagen del mundo precisamente a causa de su derecho constitucional, altamente desarrollado, de la tolerancia y en virtud

324 Cfr. Burckhardt, J., *La cultura del Renacimiento en Italia* (1860), cuarta parte: “El descubrimiento del mundo y del hombre”.

325 1954, 3a. ed., 1969; Heuss, A., *Zur Theorie des Weltgeschichte*, 1968.

del derecho internacional de la coexistencia y la cooperación? Aquí le corresponde un lugar al proyecto de J. Habermas:<sup>326</sup>

Sólo una ciudadanía democrática que no se cierre en términos particularistas puede, por lo demás, preparar el camino para un *status de ciudadano del mundo* o una *cosmociudadanía*, que hoy empieza ya a cobrar forma en las comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial.

Y:

El Estado cosmopolita ya ha dejado de ser un simple fantasma, aun cuando nos encontremos todavía bien lejos de él. El ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo constituyen un *continuum* cuyos perfiles empiezan ya al menos a dibujarse.

En el idioma alemán, la palabra “mundo” (“*Welt*”) aparece también en aquella palabra o término que se desarrolla vertiginosamente como “derecho ambiental” (“*Umweltrecht*”), incluyendo el “derecho ambiental internacional” (“*Umweltvölkerrecht*”). Podrá haber controversia sobre la “imagen del mundo” antropocéntrica o fisiocéntrica, pero el entorno (“*Umwelt*”) es un pedazo del “mundo” (“*Welt*”) y en la suma constituyen al mundo en su conjunto. El mandato de orden, protección y configuración con vistas al ambiente exige plantear la cuestión de la “imagen del mundo” del Estado constitucional.

### III. “LIBERTAD CULTURAL”, LIBERTAD A PARTIR DE LA CULTURA, LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

#### 1. *Libertad cultural*

En la dimensión cultural es preciso considerar a la libertad fundamental, así como a la democracia en la libertad (y la cultura), también a partir de sus resultados. Tan arbitrario como puede y debe ser lo que el individuo hace (o no) con o de su libertad, así estará orientada al

<sup>326</sup> Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 659, 138 y ss.: “supuesta república de los ciudadanos del mundo” (trad.: *Facticidad y validez*, Madrid, 1998, citas en p. 643).

resultado, vista en conjunto, la garantía de la libertad de todos y como tal. La libertad cultural es, considerada en el eje del tiempo, una conquista de muchas generaciones; vista en un “corte transversal”, es el producto de diversos círculos y grupos de un pueblo o de los intérpretes constitucionales. A partir de la estatura individual de un pueblo, se garantiza esencialmente la libertad en función de sus “objetivaciones” y “materializaciones”, es decir, de los *resultados* que su ejercicio particular pueda producir; las luchas por lograr formas culturales “alternativas” y su consecuente reconocimiento (por ejemplo, *The Beatles*) confirman la vinculación entre cultura y libertad.

El concepto de “libertad cultural” pretende, pues, enriquecer la libertad a partir del objeto, no en el sentido de un requisito normativo obligatorio, sino a partir del resultado esperado, aunque éste sea frecuentemente erróneo. Así vista, toda libertad es “libertad cultural”: como libertad que, conforme a una apreciación realista, está incorporada en una red de fines educativos y valores orientadores, parámetros culturales y obligaciones materiales, en suma, que tiene literalmente a la “cultura” como “objeto”, incluso como función. En esta forma la cultura es objeto tanto de la libertad *del* individuo y *en lo particular* como también de la libertad como “*situación global*” de un pueblo. Esta libertad “cuaja” o se objetiva en elementos culturales; se producen cristalizaciones culturales sobre las cuales puede construirse más tarde el ejercicio individual y el colectivo de la libertad. Los procesos de crecimiento cultural se desenvuelven a través del juego recíproco que va desde la libertad “potencial”, pasando por la libertad “realizada” y los resultados culturales de la libertad, hasta las obras a partir de las cuales es posible, pero también es necesaria e incluso debe arriesgarse (con la posibilidad del fracaso), la nueva libertad individual: la libertad de opinión y de prensa conducen a opiniones y obras impresas que benefician al proceso cultural y político; la libertad del arte y de la ciencia conduce a obras científicas y artísticas, incluyendo a la teoría del derecho constitucional como ciencia y como literatura, las cuales pueden ser de auxilio en futuros procesos interpretativos; la libertad de credo religioso conduce a contenidos y orientaciones religiosos que pueden influir en el concepto de sí mismos de los grupos religiosos; algo similar puede decirse de todos los aspectos corporativos de las libertades fundamentales. Los derechos fundamentales son normados, configurados y desarrollados en beneficio

de estos “resultados globales” individuales y colectivos. Y lo que su ejercicio produce en lo político, lo económico y lo cultural influye también a largo plazo en los derechos fundamentales, en su configuración normativa y en las vías de su realización. Los citados procesos de producción y recepción toman precisamente el camino que pasa a “través” de los derechos fundamentales.

2. *En particular: los “derechos fundamentales”, la distinción entre “derechos humanos” y “derechos ciudadanos”, y en particular: el “status mundialis hominis”*

A) Los “derechos fundamentales” (“*Grund-Rechte*”) constituyen hoy en día el concepto que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales<sup>327</sup> son, aunque con diversa intensidad, parte integrante necesaria de la cultura jurídica de todo “Estado constitucional” que merezca tal nombre.

B) El marco teórico de los derechos fundamentales, fundado en la doctrina del contrato social (en el sentido de J. Locke, enfocado a la libertad y la propiedad; con base en T. Hobbes: la vida y la seguridad) y el que hoy ha de entenderse como “*contrato constitucional*”, debe extenderse del nivel nacional al universal: al lado de la sociedad particular de cada Estado y su “*status civilis*”, surge de manera complementaria la “sociedad mundial”, con la consecuencia de un *status mundialis* fundamental de cada ser humano; en su campo de fuerzas debe “imaginarse” un “contrato social mundial”, cuando menos como ficción en el sentido de I. Kant. No sólo en el interior de los Estados ha logrado el ser humano la transición del “*status naturalis*” al “*status civilis*”; también a nivel mundial, visto globalmente, se ha producido, al menos de manera ficticia, el paso del “*status naturalis*” al “*status civilis*”: los contratantes son todos los seres humanos, todos los Estados constitucionales y todos los pueblos, incluso hasta llegar a la perspectiva de las generaciones futuras. Todos ellos se garantizan mutuamente los derechos humanos de cada uno. Puede ser que la ciencia del derecho internacional todavía se en-

327 Ya la bibliografía alemana sobre la dogmática de los derechos fundamentales resulta inabarcable; aquí sólo unas cuantas referencias: Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995, pp. 125 y ss.; Lerche, P., *Übermass und Verfassungsrechts*, 1961; Dürig, G., *Gesammelte Aufsätze*, 1964.

cuentre algo atrasada en el reconocimiento de los derechos humanos, así como de la capacidad internacional de los seres humanos; sin embargo, es asunto de la teoría constitucional fundar una teoría de los derechos humanos mediante figuras intelectuales, como la del contrato social, que sean generales y se proyecten con un parámetro mundial. La tradición del idealismo alemán nos proporciona las palabras clave necesarias (“en clave cosmopolita”, la “paz perpetua”, de Kant en 1795, etcétera), y el pensamiento anglosajón que va desde el *Bill of Rights* de Virginia (1776) hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) y la política de los derechos humanos de un J. Carter, ofrecen la necesaria práctica de la teoría.

C) Los derechos humanos, entendidos como derechos de todo ser humano de todas las naciones, incluyendo los llamados “apátridas”, tienen su raíz al mismo tiempo en el Estado constitucional nacional de la actual etapa evolutiva y en la “*humanidad*” universal. Los elementos textuales se encuentran ya en la formulación del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948): “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; más adelante se habla de la “conciencia de la humanidad”. También ahí se hace referencia a la “fe” de los pueblos de las Naciones Unidas en los “derechos fundamentales del hombre”. La Ley Fundamental de 1949 se atrevió ya a disponer en su artículo 1o., inciso 2: “El pueblo alemán reconoce por tanto los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda (¡) comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. De manera congenial se dice en el preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950: “Reafirmando su profundo apego a estas libertades fundamentales, que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo...”. Y en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) se encuentra la siguiente frase: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”<sup>328</sup>. Es asunto de la teoría de la Constitución, como doctrina del

328 En el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dice: “Considerando que... la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de

tipo del Estado constitucional, desarrollar más los elementos teóricos y textuales (por ejemplo, apartados propios sobre “derechos fundamentales de los extranjeros” o artículos que mejoren su posición, según el modelo del artículo 13, inciso 1, de la Constitución española; esto tendría que ser parte de la revisión de la LF alemana).

D) Así como hay derechos humanos “en” el Estado constitucional (por ejemplo, para los extranjeros; pero también para los nacionales, en virtud de su naturaleza humana), así también hay elementos de un derecho humano a la nacionalidad: una prueba de la vinculación ideal, aquí propugnada, entre los derechos humanos y los derechos ciudadanos como “dos manifestaciones” de los “derechos fundamentales”; la palabra “*fundamento*” debe ser agotada, se refiere a lo pre-estatal, a lo pre-positivo, a lo que está antes del derecho secundario, justamente a lo “*fundamental*”. También se puede formular de la siguiente manera: el ser humano posee ciertos derechos “por naturaleza”, y al mismo tiempo es precisamente el Estado constitucional (como cultura) el que le asegura, como tal, justamente, estos derechos humanos y ciudadanos (“derechos culturales”). De manera significativa se dice en el artículo 15 de la Declaración Universal (1948): “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho de cambiar de nacionalidad”.<sup>329</sup> La dificultad teórica reside en el intento de concebir al Estado, que resulta indispensable para los derechos fundamentales, dentro del campo pre-estatal de los derechos humanos, si se quiere: en el “*status naturalis*”, para lo cual, en última instancia sólo puede auxiliarnos el enfoque culturalista. Esto quiere decir: si bien la libertad como derecho humano existe “por naturaleza”, es “innata” (el artículo 1o. de la Declaración Universal dispone: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”), en última instancia se “cumple” culturalmente, es un “*derecho cultural*”. La cadena del razonamiento va del *status naturalis* hacia el *status civilis* como *status culturalis* (cfr. el artículo 58 de la Constitución de Guatemala de 1985: derecho a la identidad cultural). Esto se manifiesta en el artículo 26, inciso 2, de la misma Declaración: “La educación tendrá por objeto

la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”.

<sup>329</sup> Cfr. también el artículo 24, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles: “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...”. La educación y la formación deben entenderse como “segundo nacimiento” del hombre (Hegel), los derechos humanos y fundamentales como fines educativos, aun cuando hoy en día (1996-1997) se reconozca con cuánta rapidez amenaza la recaída en el *status naturalis* de T. Hobbes (la ex-Yugoslavia, atentados contra extranjeros en Alemania, Italia y Francia). Dicho de otro modo: los derechos humanos universales son actualmente los elementos de la “cultural universal” como sociedad mundial, ¡pero sin un Estado mundial! A su lado permanece, empero, la identidad nacional o regional como cultura. La cultura es aquí la “otra”, la “segunda” creación, la de los seres humanos.

Enseguida los principios que varían el tema de la “buena disposición hacia los derechos humanos” (“*Menschenrechtsfreundlichkeit*”). Dicho en otros términos: los catálogos nacionales de derechos fundamentales, y precisamente también donde garantizan derechos humanos y derechos ciudadanos, deben ser interpretados de manera conforme con los derechos humanos. Un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 10, inciso 2, de la Constitución española.<sup>330</sup> Algunas nuevas Constituciones y proyectos constitucionales en Europa oriental contienen sorprendentes “continuaciones” (por ejemplo, el artículo 10 de la Constitución de la República Checa de 1992: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales ratificados y promulgados que sean obligatorios para la República Checa, son directamente eficaces y tienen primacía frente a la ley”).

Si hasta ahora se hablaba, sobre todo gracias a Suiza, de la “interpretación conforme a la Constitución” de las leyes ordinarias,<sup>331</sup> hoy nos encontramos ante el mandato de la “interpretación de los derechos fundamentales conforme a los derechos humanos” y del principio “en formación” de la buena disposición hacia los derechos humanos.<sup>332</sup>

La etapa “más alta” de desarrollo sería el enunciado: “los derechos humanos internacionales prevalecen sobre los derechos fundamentales

330 “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materia ratificados por España”.

331 Al respecto véase Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., pp. 30 y ss.

332 Cfr. el artículo 12, inciso 2, de la Constitución de Angola (1992); el artículo 29, inciso, de la Constitución de Guinea-Bissau.

nacionales”, cuando estos últimos se encuentren por debajo del estándar global de los derechos humanos (*cf.* el artículo 142 de la LF). Aquí se manifiesta cuán confusa es todavía la terminología. Desde el punto de vista constitucional interno, la expresión “derechos fundamentales” se refiere siempre a las dos manifestaciones: los derechos humanos y los derechos ciudadanos. Es del todo concebible que un Estado constitucional nacional otorgue muy pocos “derechos fundamentales” a sus ciudadanos, lo cual puede corregirse, en la medida que pueda compensarse a través de la interpretación, por las garantías internacionales de los derechos humanos (y en su caso, también los regionales). Dicho en términos de la teoría de los derechos fundamentales: el *status mundialis hominis* (universal) de los derechos fundamentales irradia hacia el *status civilis* y *culturalis*. Al respecto ya hay ejemplos textuales. El marco teórico hay que crearlo de la manera arriba sugerida, del mismo modo como hoy, en absoluto, en la “hora mundial” del Estado constitucional, surge la tarea de que las teorías de los derechos fundamentales desarrolladas en el marco nacional se continúen desarrollando en términos de la teoría de los derechos humanos, y viceversa, que los derechos humanos universales se incorporen a las teorías nacionales de los derechos fundamentales. Resulta evidente, pues, que esto sólo es posible en forma de un “concierto” multinacional y multicultural de muchas, incluso todas las culturas y dogmáticas nacionales de los derechos fundamentales.<sup>333</sup> El postulado de la comparación de los derechos fundamentales como “quinto método de la interpretación” encuentra aquí su “lugar”, con motivo del artículo 10, inciso 2, de la Constitución española y disposiciones equivalentes, pues solamente a través de la comparación, que vaya de las garantías de los derechos fundamentales nacionales hacia las “universales” y que regrese enriquecida de aquí hacia allá, es posible lograr esta obra.<sup>334</sup> A la inversa, se requiere una teoría universal de los derechos humanos que, según parece, no existe hasta ahora, que dé fundamento, brazo a brazo, con las doctrinas de los derechos fundamentales del Estado constitucional nacional. Este último, por su lado, ya no puede ver, crear, interpretar y desarrollar los “derechos fundamentales propios” sin los

333 No se niegan las dificultades de la comprensión intercultural de los conceptos de “dignidad humana”, “igualdad”, “libertad”.

334 Sobre la comparación jurídica como “quinto” método de la interpretación: Häberle, P., “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation”, *JZ*, 1989, pp. 913 y ss.

derechos humanos universales. El conflicto con la declaración musulmana “particular” de los derechos humanos de El Cairo (1990) es grave y con ello se cuestiona la imagen universal del hombre.<sup>335</sup>

El derecho de asilo para los perseguidos políticos y la configuración efectiva de su estatus conforme a los derechos humanos (es conocido el debate alemán en torno al artículo 16 de la LF, su europeización, es decir, su limitación conforme al artículo 16a) en forma especial en favor de los perseguidos por causa de la idea de los derechos fundamentales (*cfr.* el artículo 105 de la Constitución de Baviera de 1946) es una forma más, muy general, del *pathos* de los derechos fundamentales, que radica en la garantía incondicional que le dieron los “padres” y las “madres” de la LF, se encuentra en peligro en vista del actual abuso de este derecho fundamental por los refugiados económicos. El artículo 14, inciso 1, de la Declaración Universal dispone: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. Tengamos presentes los ejemplos constitucionales que este derecho humano ha encontrado mientras tanto en diversos países y sus Constituciones: artículo 10, inciso 3, de la Constitución italiana (1947), artículo 33, inciso 6, de la Constitución de Portugal (1976), artículo 56 de la Constitución de Polonia (1997).

#### IV. FINES DE LA EDUCACIÓN (LOS DERECHOS HUMANOS COMO FINES EDUCATIVOS), “PEDAGOGÍA CONSTITUCIONAL” Y VALORES ORIENTADORES

##### 1. *Fines de la educación*

###### A. *Los fines de la educación como elementos formadores de consenso en el Estado constitucional*

Los fines educativos y los valores orientadores tienen una función específica como texto constitucional en sentido amplio,<sup>336</sup> pues se trata

<sup>335</sup> *Cfr.* la Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam (1990), en: *Gewissen und Freiheit*, vol. 19, 1991, pp. 93 y ss. De la bibliografía: Bielefeldt, H., “Menschenrechte und Menschenrechtsverständnis im Islam”, *EuGRZ*, 1990, pp. 489 y ss.

<sup>336</sup> Al respecto véase de manera detallada Häberle, P., *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981.

de elementos formadores de consenso en el Estado constitucional y constituyen un pedazo de su identidad cultural y su vida pública. Son fines de la educación, por ejemplo, la tolerancia y la dignidad humana (o también la “imagen del ser humano”), la legalidad, la honestidad y la aceptación de la responsabilidad, la apertura hacia el mundo y el sentido del deber (deberes fundamentales): *cfr.* los artículos 131, 136, inciso 1, de la Constitución de Baviera; el artículo 26 de la Constitución de Bremen, pero también los artículos 1o. y 20, inciso 1 (“república”) o el 12 de la LF (libertad de profesión, el “trabajo” o el “*ethos* del trabajo” como fin educativo), interpretados desde “su otra cara”: dicha “*interpretación constitucional pedagógica*” es fructífera, por ejemplo, para la ética social en los artículos económicos de las Constituciones de los *Länder* alemanes (por ejemplo, los artículos 27, 30, 38 de la Constitución de Hesse de 1946; los artículos 51, 52-56 de la Constitución de Renania-Palatinado de 1947), por ejemplo, como deberes fundamentales de los empresarios. Los fines de la educación constituyen condiciones de base para la Constitución de la libertad; se trata de derecho constitucional material y dentro del pluralismo de los sujetos de la educación son interpretados y realizados en parte de manera privada por los padres, por el Estado a través de las escuelas, así como de manera pública por la sociedad. Los fines de la educación constituyen una especie de “profesión de fe” cultural del Estado constitucional.

En algunos Estados constitucionales de Europa, pero también más allá de ellos, entre los países en desarrollo, se encuentran significativos procesos de crecimiento y evolución a través del medio de la recepción. Alemania se encuentra en primer plano allá (pero también Portugal y España), y países en desarrollo como Perú (antigua Constitución) y Guatemala aquí. No es reconocible (¿todavía?) un inventario común europeo de fines de la educación en textos constitucionales; en este sentido, este tema es tratado también como ejemplo de que hay campos en el Estado constitucional como tipo en el cual hay “carencia total”, mientras que algunos miembros de su “familia” han desarrollado elementos estructurales muy intensos y consecuentes en sí. “Texto clásico” en materia de fines de la educación es el artículo 148, incisos 1 y 2, de la Constitución de Weimar de 1919:

En todas las escuelas se buscará la instrucción moral, la conciencia ciudadana, la capacidad personal y profesional en el espíritu del pueblo alemán y de la

reconciliación de los pueblos. La docencia en las escuelas públicas tendrá cuidado de que no se ofendan los sentimientos de quienes piensen de manera diferente.

### B. *Los fines de la educación como condiciones de base de la Constitución del pluralismo*

Los fines de la educación se constituyen en condiciones de base de la Constitución del pluralismo y de la libertad. La Constitución de la libertad depende de que se pongan al descubierto los contenidos de la educación, ya que la apertura de la sociedad y la Constitución solamente pueden sostenerse frente al trasfondo de sustancias educativas y culturales. Ambos se condicionan mutuamente, del mismo modo como la libertad y la obligación se corresponden. Las democracias en libertad requieren de un “soporte” interno material, a través de fines educativos fundamentales, que se orientan por los derechos humanos, la tolerancia, la solidaridad, la responsabilidad, la humanidad, el trabajo, etcétera. Éstos permanecen precarios, “formales” y, por tanto, están amenazados, si solamente se ven constituidos jurídicamente en sentido tradicional, y si no provocan, en la práctica pedagógica, la profundidad y amplitud de la “internalización en la libertad” de sus contenidos fundamentales, que prefiguran jurídicamente sus Constituciones, y no se viven de manera cotidiana en su trasfondo cultural.

En primer término, la Constitución debe educar para ella misma. La “voluntad de Constitución” (K. Hesse) exige contribuciones educativas en la escuela, por ejemplo, comprensión de la Constitución, conocimientos cívicos mínimos, criterios de valoración. Las “condiciones de base” para el pluralismo deben ser transmitidas a cada nueva generación.

Con ello no se espera de todos los ciudadanos la “fidelidad constitucional”, en el sentido de una *religion civile*, pues transferir a todos las exigencias que se imponen a los servidores públicos sería contrario al sistema. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales libres, que también es la sociedad abierta de los constituyentes, se cerraría; el pensamiento de las posibilidades como razonamiento alternativo pluralista se convertiría en vía de un solo sentido y en callejón sin salida; el ciudadano perdería su libertad.

La Constitución del pluralismo trae consigo los límites mismos del mandato educativo del Estado. Sus fines educativos están limitados tanto

en su contenido como en los medios para su realización, pues las dictaduras educativas que se presumen en posesión de la verdad absoluta son contrarias a la Constitución. Incluso un fin educativo básico, como el de la tolerancia, normado en los “artículos sobre la tolerancia” de las Constituciones de los *Länder*, tiene sus límites, como los que se derivan de los “artículos del pluralismo”;<sup>337</sup> la Constitución debe (poder) ser autocrítica respecto de sus propios fines educativos.

### C. *Los fines de la educación como medios para una “pedagogía constitucional”*

El mandato constitucional de la LF exige no tanto la transmisión de conocimientos jurídicos teóricos, pues esto es cosa del “gremio” de los juristas. Se trata más bien de comunicar a la Constitución como marco y afirmación de los ideales de la educación: la Constitución es texto escolar y docente. Su *realidad* comienza en los salones de clase: ¡la escuela de la Constitución es la escuela! Lo que ésta logre beneficia a la cultura constitucional.

Esta vía pedagógica hacia la LF como Constitución vivida no puede ser sobreestimada en su relevancia jurídica mediata y su eficacia a largo plazo. La escuela y la universidad, las escuelas profesionales y la enseñanza para los adultos, forman a los intérpretes constitucionales en sentido amplio, pues en la medida en que éstos adquieran conciencia de sí, pueden convertirse en intérpretes constitucionales activos. La relación entre los planes de estudio y la Constitución se hace lo más estrecha posible; en sentido amplio se trata de “clases de Constitución”.

Los “principios constitucionales como fines de la educación”, esto es menos una obligación jurídica que un mandato educativo: la *Constitución como ética social* (“pedagogía constitucional”). La Constitución debe ser desentrañada en su significado para los pedagogos y sus tareas, lo cual también beneficia a los juristas. Esta concepción “pedagógica” de la Constitución es una consecuencia de la teoría de los intérpretes constitucionales en sentido amplio: una característica de la sociedad abierta y de sus fundamentos de ética social. La Constitución no es sólo

337 Por último, el artículo 2o. de la Constitución de Angola (1992), el artículo 1o. de la Constitución de Guinea Ecuatorial (1991), los preámbulos de las Constituciones de Benín (1990) y Chad (1996), así como el artículo 15 de la Constitución de Ucrania (1996).

un ordenamiento jurídico para los juristas (y los políticos), sino que en lo esencial es también una “guía” para los no juristas, los ciudadanos.

#### D. *La educación de la juventud: un mandato de la “Constitución como contrato”*

La educación de la juventud es un mandato constitucional, el cual se lleva a cabo mediante la división del trabajo entre los padres, el Estado y la escuela, así como otros sujetos de la educación en forma optativa (como las iglesias) y también es ejercido de manera diversa en cuanto a sus objetivos sustantivos. La Constitución no puede sustraerse a estas funciones diferenciadas de la educación para los niños hasta la enseñanza de los adultos, sino que los norma en favor de su propia permanencia. Se garantiza a sí misma como comunidad libre en la sucesión de las generaciones, de la “*Constitución como contrato*”, a través de sus fines educativos, en llamados a la juventud como nuevo socio contractual. Los objetivos como la tolerancia, la democracia, la dignidad humana, la reconciliación de los pueblos o el “espíritu de la democracia”, son directivas abiertas para un proceso en el que siempre debe ser posible un entendimiento mutuo y siempre renovado entre las generaciones: ¡la educación no es una calle de sentido único! Sólo de este modo es posible amortiguar el cambio general de los valores. Los fines de la educación son de cierto modo “objetivos contractuales”, con vistas al contrato de las generaciones entre jóvenes y viejos. El educador debe comprender que una generación joven tiene que buscar primero su propio futuro, y tiene que hacer plausible que este futuro se encuentra también en el patrimonio cultural del pasado, encarnado en los correspondientes fines educativos. Al mismo tiempo, los fines educativos son en mucho un proyecto anticipado del ser humano, que habrá de vivir y configurar la Constitución en el porvenir. Así vista, la Constitución se reencuentra en los fines educativos. ¡Su presente se encuentra con su futuro en forma pedagógica!

#### 2. *Valores orientadores*

Los valores orientadores son, por ejemplo, concepciones morales, los programas de los partidos políticos o de los sindicatos, los estatutos de una asociación, los modelos familiares y otros modelos y ejemplos so-

ciales (por ejemplo, los textos clásicos de un F. Schiller o B. Brecht, J. Locke o Montesquieu, las concepciones de sí mismas y las memorias de las iglesias y las comunidades religiosas). Éstas son realizadas, desarrolladas pero también incumplidas, en el Estado constitucional por el *ciudadano capaz*. Así tendría pleno sentido en la LF alemana (preámbulo), como se propone ocasionalmente, el valor orientador de la “solidaridad y el sentido de comunidad”. El fracaso de la reforma constitucional plantea de manera tanto más urgente la cuestión: “¿qué tanto sentido de comunidad requiere la sociedad liberal”? (A. Hirschmann).

Los fines educativos y los valores orientadores se distinguen entre sí, pero también se encuentran en interrelación que genera cambios. Muchos valores orientadores no se encuentran formulados en los textos jurídicos, ni siquiera en calidad de esbozo. Lo son parcialmente en los fines educativos y por ello su fuerza y validez son sólo limitadas. En cambio, los fines educativos esenciales se encuentran al menos formulados como principios en los textos constitucionales y otros textos jurídicos culturales. Su fijación jurídica es necesaria, aunque sea solamente “como” *soft law* del derecho constitucional de la cultura, ya que habrán de ser transmitidos mediante la educación al ciudadano adolescente en el estatus especial de la “escuela”. Los valores orientadores son “pluralistas”, incluso antagonistas; se contradicen, compiten entre sí, en parte son excluyentes. Entre ellos puede escoger libremente el ciudadano adulto; pueden hacerse jurídicamente obligatorios de manera muy limitada, su realización apenas puede ser forzada por el Estado. Otra cosa sucede con los fines educativos, pues caracterizan obligatoriamente a la enseñanza que imparte el Estado en las escuelas. Aquí el pluralismo es un “objetivo de aprendizaje”, vía la tolerancia. Aquí se transmiten los valores y los textos de la época clásica y de la moderna, se exponen los derechos y los deberes, se enseña la dignidad humana y la tolerancia, la libertad y la igualdad. Esta diferencia (más bien formal) en el grado de su obligatoriedad jurídica corresponde a una diferencia de contenido: los fines educativos se incorporan en última instancia en un todo equilibrado: la dignidad humana y la tolerancia se corresponden, así como la honestidad, la legalidad y la responsabilidad, la educación para el acceso o la participación en los bienes de la cultura, así como la protección del ambiente, por un lado, la apertura al mundo, la “paz en la coexistencia de las culturas y los pueblos” (artículo 22, inciso 1, de

la Constitución de Turingia), por el otro (*cfr.* ya el artículo 26 de la Constitución de Bremen), aunque haya algunas tensiones en lo individual. Los valores orientadores son muy diferentes: lo que se “ofrece” en la sociedad abierta se excluye entre sí de muchas maneras, y en todo caso no se encuentra en una relación tendencialmente equilibrada. Los partidos políticos buscan atraer al ciudadano capaz a través de programas encontrados, las iglesias y las comunidades ideológicas se excluyen mutuamente, las “tablas de valores” de muchos grupos plurales viven precisamente del conflicto entre ellos. Por lo demás, los valores orientadores transmiten aquello que se ha formado en la evolución cultural, religiones, sistemas de la moral, patrimonio cultural, etcétera.

## V. LA DEMOCRACIA COMO CONSECUENCIA ORGANIZATIVA DE LA DIGNIDAD HUMANA

### 1. *Variantes de la democracia*

En el Estado constitucional, el principio organizativo fundamental es la división de poderes, el cual se deriva directamente, en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional, de la garantía de la dignidad humana. Se trata de una *premisa* antropológico-cultural, cuya *consecuencia* organizativa es la democracia. Sin embargo, no resulta evidente esta vinculación *interna* entre democracia y dignidad humana, ni entre aquélla y los derechos humanos que derivan de ésta. En Alemania se acostumbra hacer una distinción entre la garantía “no política” de la dignidad humana y la democracia política. En realidad, el núcleo del ser humano como ciudadano se ve afectado si no tiene la posibilidad de ejercer en la práctica su derecho al voto o de utilizar efectivamente su libertad de opinión y de manifestación también para fines políticos (“democracia de los ciudadanos”).

Hoy se considera a la “democracia” casi en todo el mundo como quintaesencia de un “buen” ordenamiento estatal, con lo cual se olvida frecuentemente que se requiere una caracterización más próxima: como democracia “con división de poderes”, “vinculada a valores”, “en libertad”, “pluralista”. Con ello se desechan todas las formas de democracia “totalitaria”, como las llamadas “democracias populares” en los regímenes socialistas, como el vigente en Alemania oriental hasta 1989.

Al mismo tiempo en ello se manifiesta que existen numerosas variantes de la democracia entre las diversas naciones, que existen igualmente ante el foro del Estado constitucional como *tipo*. La concepción de la democracia también cambia en el curso de la historia (constitucional), así como en el espacio y el tiempo. La democracia del Estado constitucional requiere constantemente de reformas, por ejemplo, a través del mejoramiento de la protección de minorías, mediante el fortalecimiento de los derechos de la oposición en la democracia parlamentaria, a través del impedimento de que un poder económico muy grande se transforme en poder político, o mediante la limitación del financiamiento público a los partidos, así como a través del desarrollo de competencias de control de la jurisdicción constitucional.

Estas variantes de la democracia se reflejan en la distinción entre democracia presidencial y parlamentaria (como entre los EUA y Francia, por un lado, y Gran Bretaña y Alemania, por el otro), o en la diferencia entre democracia representativa (indirecta) y directa (plebiscito, referéndum, iniciativa popular) y sus formas mixtas. Así, la Ley Fundamental alemana de 1949 se decidió por principio en favor de la democracia representativa, apartándose conscientemente de las formas de democracia directa (“plebiscitaria”) de la Constitución de Weimar de 1919. El pueblo alemán ni siquiera participó, vía referéndum, en la expedición de la LF, así como tampoco en el marco de la reunificación en 1990. Esta “exclusión del pueblo” se encuentra en notorio contraste con los elementos de democracia directa en varias de las Constituciones de los *Länder* alemanes después de 1945 (por ejemplo, la Constitución de Hesse de 1946 en su artículo 124); también resulta difícilmente comprensible en vista del lema victorioso de la revolución pacífica de octubre de 1989 en el ocaso de la “RDA”: “*nosotros* somos el pueblo”. Consecuentemente, todas las Constituciones de los nuevos *Länder* han incorporado elementos de democracia directa (por ejemplo, los artículos 76 a 78 de la Constitución de Brandemburgo de 1992; los artículos 71 a 73 de la Constitución de Sajonia de 1992). Suiza puede enorgullecerse de practicar una democracia “semi-directa” tanto a nivel federal como cantonal, la cual mantiene a raya algunas de las manifestaciones negativas de la “democracia de partidos”. También otros Estados constitucionales, como los EUA, conocen, por ejemplo en California, *formas mixtas* afortunadas de las ya clásicas variantes de la democracia.

*Textos de los clásicos* sobre la democracia hay muchos, pero la frase de mayor “impacto” ha sido de Rousseau: “Todo el poder del Estado dimana del pueblo”, la cual se encuentra tanto en Constituciones antiguas como recientes (por ejemplo, el artículo 20, inciso 2, de la LF de 1949; el capítulo 1 § 1 de la Constitución de Suecia de 1975; el artículo 3, inciso 1, de la Constitución francesa de 1958; los artículos 1o. a 3o. de la Constitución de Portugal de 1976; el artículo 6o., inciso 1, de la Constitución de Ruanda de 1991-1996). El poeta B. Brecht sigue preguntando irónicamente: “pero ¿hacia dónde va?”, lo que equivale sobre todo a una invitación a los juristas para preguntarse constantemente por las zonas de peligro del poder fundado democráticamente. También la frase de D. Sternberger —“no todo el poder del Estado dimana del pueblo”— puede recordarnos los límites de la democracia. Por último, siempre hay que agregar a la respectiva configuración jurídica positiva de la “democracia” en un Estado constitucional concreto un pedazo del pensamiento de Montesquieu, es decir, su imagen escéptica pero “realista” del ser humano, la cual lo llevó a la idea de la división de poderes. Dicho en otras palabras: la soberanía popular “pura” ha sido sustituida en el Estado constitucional de la actualidad por la competencia, jurídicamente definida, del pueblo.

En lo que sigue se ilustrará, mediante ejemplos, la pluralidad de posibles enunciados sobre la democracia concretizados en los textos constitucionales; después se expondrán los elementos de la democracia en libertad, también llamada “burguesa”, tal como han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia de muchas naciones. Muchos de ellos resuenan cuando hoy día se invoca, en casi todo el mundo, la idea del Estado “ideal” bajo los términos clave de los “derechos humanos y la democracia”.

Las siguientes *Constituciones*, antiguas y recientes, pero también los textos sobre derechos humanos (como la Convención Europea) pretenden captar en sus textos la democracia, o pueden caracterizarse como “artículos sobre la democracia”:

- Las cláusulas sobre la forma de Estado (por ejemplo, artículo 1o. de la Constitución de Austria de 1920; el artículo 2o. de la Constitución de Angola de 1992).

- En el contexto de los derechos fundamentales (por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución de Brandemburgo de 1992; el artículo 60. de la Constitución de la República de Sao Tomé y Príncipe, de 1990).
- Los artículos sobre los partidos (por ejemplo, el artículo 21 de la LF, el artículo 40. de la Constitución de Francia).
- Los fines de la educación (por ejemplo, el artículo 131 de la Constitución de Baviera de 1946).
- Los artículos sobre la oposición (por ejemplo, el artículo 23a, inciso 1, de la Constitución de Hamburgo de 1952-1972).<sup>338</sup>
- Otras formas (por ejemplo, el capítulo 1 § 2, inciso 3, de la Constitución de Suecia de 1975, el artículo 14 de la Constitución de Guinea de 1991).

Permítansele al autor alemán también algunas destacadas descripciones tomadas de la *jurisprudencia del TCFA*. En el procedimiento para la prohibición del partido SRP,<sup>339</sup> el TCFA desarrolló (E 2, 1) los principios de mayoría, de la soberanía popular y de la pluralidad de los partidos y de la oposición como elementos del orden fundamental de libertad y democracia en el sentido del artículo 21, inciso 2, de la LF, relativo a los partidos y, por tanto, como “valores fundamentales supremos del Estado constitucional y democrático” (E, 2, 1 (12)). Para su realización se requieren también principios democráticos en el orden interno de los par-

<sup>338</sup> “La oposición es parte integrante esencial de la democracia política”. El trabajo preparatorio para el “artículo de la oposición” en la Constitución de Hamburgo (artículo 23a) lo realizaron varios, sobre todo la jurisprudencia constitucional (*cfr.* BVerfGE 2, 1 (13): “Derecho, conforme a la Constitución, de crear y ejercer la oposición”; E 5, 85 (199): “Crítica de la minoría opositora”) y la doctrina del derecho del Estado (de la bibliografía: Schneider, H.-P., *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 1974; Haberland, S., *Die verfassungsrechtliche Stellung der Opposition nach dem Grundgesetz*, 1995). Quizá la constitucionalización más temprana de la oposición en el plano textual se encuentre (respecto de los partidos) en el artículo 120, inciso 3, frase 1, de la Constitución de Baden de 1947: “Cuando se encuentren (*sc.* los partidos) en oposición al gobierno, tendrán la obligación de dar seguimiento a la actividad del gobierno y de los partidos que en él participen, y en caso necesario, de ejercer la crítica”. En el Estado constitucional, como tipo, y en la República Federal de Alemania, la oposición es ciertamente parte del derecho constitucional material, independientemente del documento constitucional formal. Pero ha llegado a serlo gracias a la colaboración de muchos elementos: desde la “adelantada” Constitución local (Baden), pasando por la jurisprudencia y la doctrina, hasta llegar al poder revisor de la Constitución que va “detrás” (Hamburgo: artículo 23a). *Cfr.* por último el artículo 26 de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania.

<sup>339</sup> Partido de tendencia neonazi (N. del T.).

tidos (*ibidem*, p. 14). En la sentencia sobre el Partido Comunista Alemán declara el TCFA que el consenso fundamental de todos los partidos en relación con estos principios es un presupuesto del “tipo de democracia” establecido en la LF (E 5, 85 (141)).

Con vistas al desarrollo del procedimiento electoral (artículo 38, inciso 3, de la LF), el TCFA le reconoce al legislador un margen de desarrollo amplio, aunque cuestionado en lo particular (BVerfGE 95, 335 (349 por un lado, 367 y ss., por el otro). El sufragio, y la cláusula del umbral del 5%, no están sujetos a parámetros estáticos, sino que tienen que adaptarse siempre a las condiciones políticas concretas (BVerfGE 6, 84 (89 y ss.), por un lado, y E 82, 322 (337 y ss.) por el otro).

En la dogmática del derecho constitucional puede contarse con los siguientes elementos como “lineamientos” del orden democrático del Estado constitucional.<sup>340</sup>

A) El *pluralismo* significa diversidad de intereses e ideas. Se trata de un “dato” en el Estado constitucional, es decir, existe previamente, su historia constitucional la ha generado, pero también le plantea *tareas*, por ejemplo, para fines del éxito de las “leyes del pluralismo” (como las leyes sobre fusión de medios impresos o las leyes sobre cárteles) o la preocupación por las estructuras pluralistas en los medios de masas como la radio y la televisión (“pluralismo interno y externo”; *cfr.* BVerfGE 57, 295 (325 y s.). La filosofía del pluralismo es la concepción de la “sociedad abierta” (la filosofía del “espíritu abierto”), en oposición a la sociedad cerrada, que esbozó Sir Karl Popper en su crítica a Marx, Hegel y Platón.<sup>341</sup> De manera congenial también adoptan estas ideas algunas Constituciones recientes (por ejemplo, la anterior Constitución peruana de 1979), y la misma idea se encuentra después de 1989 bajo la forma de cláusulas contra las ideologías de Estado en las Constituciones de Europa oriental, como la de Ucrania (artículo 15, incisos 1 y 2) o Rusia (artículo 13). Una forma de expresión del pluralismo es también la *tolerancia* como *principio constitucional* y como fin de la educación (por ejemplo, el artículo 131 de la Constitución de Baviera). Ciertamente hay límites para el pluralismo en el Estado constitucional (los cuales residen en sus valores fundamentales irrenunciables), pero en principio

340 Sobre lo que sigue, en relación con la LF alemana: Hesse, K., *Grundzüge*, cit., pp. 63 y ss.; véase también Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, pp. 230 y ss.

341 Popper, K. R., *La sociedad abierta y sus enemigos*.

constituye su elixir de la vida. El Estado constitucional desarrolla sus propias fuerzas a partir del paralelograma de las fuerzas que resulta de numerosas ideas e intereses. La consecuencia es una “*teoría pluralista del bien común*”, así como el reconocimiento de los grupos de interés y las asociaciones, religiones, iglesias y partidos pluralistas.

La idea del pluralismo nos recuerda que el Estado constitucional no es una “asociación de dominación” que flota por “encima” de los ciudadanos, sino que se constituye una y otra vez a partir de los ciudadanos y los grupos, y que se encuentra a su servicio. La Constitución escrita y no escrita es a tal efecto un “ordenamiento marco”, con aspectos “inductores” y limitantes, como ya se ha demostrado. La diversidad de ideas e intereses en lugar de la unidad “por decreto” es lo que hace al Estado constitucional superior frente a todas las formas de dominio totalitario, como ha quedado nuevamente de manifiesto en 1989. El pluralismo es expresión y condición de la libertad tanto individual como colectiva de los ciudadanos y los seres humanos.

B) El *principio de mayoría* se encuentra en una tensa relación con la *protección de las minorías*. Algunas Constituciones prevén expresamente el principio de mayoría (como el artículo 121 de la LF), pero al mismo tiempo regulan múltiples formas de protección a las minorías (por ejemplo, bajo la forma de derechos de petición de la oposición parlamentaria para la instalación de una comisión investigadora, según el artículo 44 de la LF, o mediante el acceso al TCFA, conforme al artículo 93, inciso 1, subinciso 2 de la LF). El arma contundente del principio de mayoría es, en general, “tolerable”, porque existe una protección (escalonada) de las minorías (primordialmente a través de la “supremacía de la Constitución” y la protección de los derechos fundamentales). La justificación interna de la democracia como “gobierno de la mayoría”<sup>342</sup> es difícil: se puede lograr gracias a la idea de la libertad y la igualdad y de la necesidad de llegar a una decisión funcional. El principio de mayoría siempre ha encontrado sus (“contra”) clásicos, por ejemplo, en la frase de F. Schiller: “la mayoría de los votos no es la prueba del derecho...”, *Demetrius*). En el Estado constitucional de hoy llama la atención el inteligente escalonamiento de las mayorías: por ejem-

342 Véase al respecto Scheuner, U., *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, 1973; Häberle, P., “Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung”, en *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3a. ed., 1998, pp. 565 y ss.

plo, mayorías de dos tercios o mayorías todavía más amplias para las reformas constitucionales; un cuarto de la mayoría para las comisiones de investigación, etcétera. Tan cierto como es que el arte del proceso político cotidiano radica en encontrar y configurar mayorías en la publicidad del parlamento, igualmente evidente resulta también recordar una y otra vez los límites constitucionales del principio de mayoría. Estos límites se encuentran, por ejemplo, bajo la forma de “cláusulas de eternidad”, en las garantías de identidad del Estado constitucional.<sup>343</sup> Por lo demás, debe existir la *posibilidad* de relaciones de mayoría diversas y cambiantes, de modo que los perdedores en una decisión tengan la *oportunidad igual y real* de ganar la mayoría en una oportunidad futura.<sup>344</sup> La interacción entre mayoría y minoría presupone un *consenso fundamental* que permite a la parte perdedora *ad hoc* reconocer el voto de la mayoría. La posibilidad del voto particular en algunos tribunales constitucionales (Estados Unidos, Alemania, España) es la forma más sutil de la protección de la minoría, detrás de la cual se hace visible un pedazo de “publicidad de la Constitución”, pues el voto particular de hoy puede ser el voto mayoritario de mañana (así en los casos de BVerfGE 32, 129 (141 y ss.) “casos austriacos” y E 53, 257 (289 y ss.), “compensación alimentaria en ‘matrimonios antiguos’ ”).

En el Estado constitucional es preciso recordar siempre los *límites de la democracia*. A pesar de que es indispensable la disposición del ciudadano a participar “activamente” como tal, también es legítima la posición del ciudadano no político en el sentido del “sin mí”, del ciudadano que, por ejemplo, no acude a votar (por ello resulta cuestionable la obligatoriedad del sufragio en algunos países, como Bélgica). El “comportamiento no político” está garantizado constitucionalmente de varias maneras: a través del *status negativus* fundamental del ciudadano y los grupos, a través de la protección de la vida privada, el cual limita dialécticamente el principio democrático de la publicidad, y por el simple conocimiento de la naturaleza del ser humano, el que no vive nada más de la democracia y que también quiere que lo “dejen en paz”. En el Estado constitucional la democracia no es la única forma de vida del ser humano.

343 Al respecto véase Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998, pp. 267 y ss.

344 Así Hesse, K., *Grundzüge*, cit., p. 64.

La necesidad de los límites de la democracia puede ilustrarse mediante *ejemplos negativos*: el lema del movimiento del 68 sobre la “democratización” de todos los ámbitos vitales, incluso la economía, ha llevado a manifestaciones totalitarias; por ejemplo, en Alemania se propagó la “codeterminación” del personal no científico en la docencia y la investigación (véase, por el contrario, los límites marcados por el TCFA en E 35, 79). También la irrenunciable autonomía del arte (hasta llegar a la “anarquía” de muchos artistas) se pierde cuando sus ámbitos vitales son “democratizados” o son hechos públicos. La votación democrática prácticamente no es secreta en los Estados totalitarios. Los niveles de participación electoral del 99% despiertan dudas sobre la libertad de un régimen político. Por lo demás, algunos Estados constitucionales establecen límites jurídicos positivos a la democracia, por ejemplo, al institucionalizar la prohibición de los partidos políticos contrarios a la Constitución (artículo 21, inciso 2, de la LF) y cuando recuerdan, mediante el concepto de la democracia “sujeta a valores”, “dispuesta a la defensa”, los valores fundamentales previos al Estado que también obligan al pueblo activo políticamente (como los derechos humanos).

## 2. Reflexiones de teoría democrática como legitimación

En el Estado constitucional democrático es preciso plantear de manera especial la cuestión de la legitimación conforme a criterios democráticos (esto es, de la teoría democrática). La ciencia del derecho constitucional, las llamadas ciencias de la realidad que son sus “proveedores”, los ciudadanos y los grupos, no tienen una legitimación democrática, entendida en sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Pero precisamente la democracia no se desenvuelve sólo a través de la relación de delegación y responsabilidad formalizada, canalizada y constituida en sentido estricto, del pueblo hacia los órganos del Estado (legitimación a través de las elecciones),<sup>345</sup> hasta llegar al intérprete constitucional “competente” en última instancia, el TCFA. En una comunidad abierta se desenvuelve también a través de las formas mediatizadas “más finas” del proceso público pluralista de la política y la práctica cotidianas, especialmente mediante la realización de los derechos fundamentales, la

<sup>345</sup> Cfr. también BVerfGE 33, 125 (158) (sentencia sobre los médicos especialistas), por último E 93, 37 (67 y s.).

que se aborda frecuentemente en la “faceta democrática” de tales derechos: a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad, y también mediante el “concierto” científico sobre cuestiones constitucionales, en el cual apenas hay “pausas” y “fermatas” y no hay directores ni debe haberlos.

El “pueblo” no es una magnitud unitaria que “emana” (solamente) el día de las elecciones, y que como tal otorgue legitimación democrática.<sup>346</sup> Como magnitud pluralista, el pueblo no se encuentra menos presente respecto de las interpretaciones en el proceso constitucional ni tampoco es menos legitimador: “como” partido político,<sup>347</sup> como opinión científica, como grupo de intereses, como ciudadano; ¡su competencia material para participar en la interpretación constitucional es un derecho ciudadano en el sentido del artículo 33 de la LF! Así vistos, los derechos fundamentales son una pieza de la base de la legitimación democrática para la interpretación constitucional que es abierta no sólo por sus resultados sino también por el círculo de sus participantes. ¡En la democracia en libertad el ciudadano es intérprete de la Constitución! Tanto más importantes se hacen las medidas para la garantía de la libertad real: política de derechos fundamentales prestacionales,<sup>348</sup> libertad en la formación de la opinión, constitucionalización de la sociedad, por ejemplo, a través de la separación estructural de poderes en el ámbito público, y en particular en el económico.

No se trata de “destronar” al pueblo; pues lo sería solamente a partir de una concepción rousseauiana de la soberanía popular, en la cual el pueblo es absoluto y divino. El pueblo como *magnitud constituida* actúa “omnidireccionalmente”, de manera universal, en numerosos planos, a partir de múltiples motivos y en muchas formas, e incluso a través de la realización cotidiana de los derechos fundamentales. No se olvide que el pueblo es ante todo una reunión de ciudadanos. La democracia es el “gobierno de los ciudadanos”, no del pueblo en sentido rousseauiano.

346 Sobre la relación entre democracia e independencia judicial, *cfr.* Eichenberger, K., *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, pp. 103 y ss.

347 En este sentido hay coincidencia con la doctrina del Estado de partidos de Leibholz, G. (*Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3a. ed. 1967, especialmente pp. 78 y ss.): el pueblo adquiere capacidad de actuación y articulación solamente en determinadas formas de organización. Pero esto no autoriza la identificación entre pueblo y partidos (populares), pues la comunidad pluralista se encuentra mucho más diferenciada.

348 Véase al respecto Häberle, P., “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, vol. 30, 1972, pp. 43 y ss. (69 y ss.).

No hay vuelta hacia J.-J. Rousseau. La *democracia ciudadana* es más realista que la democracia popular.

La democracia ciudadana se encuentra próxima a un pensamiento que concibe a la democracia a partir de los derechos fundamentales, no de concepciones en las que el pueblo, como soberano, simplemente ha ocupado el lugar del monarca. ¡Esta perspectiva es consecuencia de la relativización del concepto, fácilmente malentendido, del pueblo a partir de los ciudadanos! La libertad fundamental (el pluralismo), no el “pueblo”, se convierte en punto de referencia para la Constitución democrática. Esta *capitis diminutio* de la concepción criptomonárquica del pueblo se encuentra bajo el signo de la libertad ciudadana y del pluralismo.

Una vez que uno se ha liberado del pensamiento lineal y “eruptivo” de las concepciones tradicionales de democracia, se advierten numerosas formas de legitimación democrática, entendida en este sentido amplio. A través del desarrollo interpretativo de la norma constitucional se llega hacia un pedazo de democracia ciudadana.<sup>349</sup> La posibilidad y la realidad de la libre discusión de los individuos y los grupos “sobre” y “por debajo” de las normas constitucionales y su acción pluralista “en” ellos se introduce de manera múltiple en el proceso de la interpretación. (Hay que hacer notar expresamente que este proceso, *realiter*, también se ve amenazado con frecuencia desde dentro, y que nuestro orden fundamental de libertad y democracia muestra en realidad déficit respecto del tipo ideal.) La teoría de la democracia y la teoría de la interpretación se convierten en consecuencia de la teoría de la ciencia. La sociedad es libre y abierta en la medida en que se abra el círculo de los intérpretes de la Constitución en sentido amplio.

349 No es posible exponer aquí las particularidades de la concepción de democracia de Popper y el contexto que la justifica (!) a través de su teoría de la ciencia y el conocimiento (referencias a la democracia en: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I (1957), en especial pp. 25, 156 y ss., 170 y ss.; vol. II (1958), pp. 157, 159 y ss., 186 y s., 293 y s.; hay trad: *La sociedad abierta y sus enemigos*). Baste decir que el concepto de ciencia de Popper es fructífero para la teoría de la democracia y de que el concepto de democracia pluralista, basado en la división de poderes, la Constitución y la libertad ciudadana, que se sostiene en el texto puede remitirse a Popper en la medida en que éste desarrolla su teoría de la democracia, sin e incluso en contra, de los dogmas “clásicos” de la soberanía popular.

## VI. LA DIVISIÓN DE PODERES EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO —CONSTITUCIÓN DE LOS ÓRGANOS Y DIVISIÓN DE FUNCIONES EN INTERÉS DE LA REALIZACIÓN DE TAREAS

### 1. *La división de poderes en sentido amplio y en sentido estricto*

A) El principio de la división de poderes es tanto “texto clásico” desde Montesquieu (1748) como también principio constitutivo en la triada del Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, del *tipo* del “Estado constitucional”, y viene a ser derecho constitucional positivo en todos los ejemplos y variantes nacionales. Entre los tres planos y formas de manifestación hay múltiples traslapes y fecundaciones mutuas. El derecho constitucional positivo de muchos países ha creado en la actualidad algunos órganos constitucionales nuevos (como el comisionado ciudadano o el *ombudsman*), el cual debe ser incorporado en el cuadro conjunto del equilibrio de poderes, del mismo modo que la jurisdicción constitucional, que se ha fortalecido, ha encontrado paulatinamente su “lugar correcto” en el cuadro conjunto de un Estado constitucional. El texto clásico inspirador sigue siendo la obra de Montesquieu *De l'esprit des lois*, en cuyo libro XI, capítulo 4, se lee: “La experiencia eterna enseña, sin embargo, que todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él”.

Esta imagen realista del ser humano en relación con el agudo peligro permanente de que los hombres abusen del poder no sólo en los cargos políticos o del Estado conduce actualmente a la lucha constitucional por una división óptima de los poderes, y el renovado retorno creador al “texto original” de Montesquieu (y de J. Locke) puede reconocer y combatir nuevas zonas de peligro del abuso de poder. Dicho en otras palabras: la división de poderes es un *principio relativamente abierto*, con constantes y variantes. Mientras que el peligro del abuso de poder permanece constante, porque el ser humano y el ciudadano al que se refiere el Estado constitucional siguen siendo quizá “el mismo” en todas las épocas y todos los espacios (en sus fortalezas y debilidades), varían las manifestaciones particulares de la división de poderes entre épocas y países. En este sentido hay que distinguir entre división de poderes en sentido *estricto* y en sentido *amplio*. La división de poderes en sentido *estricto* significa la división de los poderes estatales; en sentido *amplio* se refiere

además a todo el ámbito social. Así, por ejemplo, en Alemania se habla de una “división de los poderes comunicativa” entre la prensa privada y la radio y la televisión públicas; por ejemplo, también hay que respetar un equilibrio de poderes entre las partes en las negociaciones colectivas laborales (sindicatos y asociaciones de empresarios).<sup>350</sup> En el caso particular esto es tanto cuestión sobre todo de los tribunales constitucionales, pero también, en última instancia, del proceso social en su conjunto y del proceso político. Incluso en el derecho privado puede ser de utilidad la imagen del equilibrio, por ejemplo, entre las partes de un contrato; en especial hay que tomarla en cuenta en los contratos de arrendamiento (*cf.* BVerfGE 89, 1) y en las garantías de deudas civiles (*cf.* BVerfGE 89, 214). El derecho de la competencia económica también está fundamentalmente al servicio de la idea del equilibrio de poderes en el mercado “abierto”, y algún desequilibrio grave es eliminado, por ejemplo, por las cláusulas generales del derecho civil (prohibición de negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres o al principio de la buena fe). También debe pensarse en la relación de fuerzas entre los trabajadores y los empleadores dentro de la empresa, que de manera significativa se regula en la ley alemana de las empresas (“*Betriebsverfassungsgesetz*”).

En lo que sigue se desarrollará con más detalle la división de poderes en sentido estricto, es decir, la que se refiere al *Estado*. Hay que distinguir aquí entre la división “*horizontal*” de poderes y la “*vertical*”. La división *horizontal* de poderes se refiere, de manera clásica, a los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; referida a los órganos, alude al parlamento, el gobierno y la administración, y los tribunales (*cf.* el artículo 20, inciso 2, frase 2, de la LF). Debe hacerse notar que se ha multiplicado el número de poderes en el marco de los procesos sociales de crecimiento del Estado social. Así, en numerosos Estados constitucionales hay tribunales de cuentas<sup>351</sup> (también el Banco Federal Alemán, ahora el Banco Central Europeo), que se aproximan a los tribunales en su estatus independiente (*cf.* el artículo 100, incisos 1 y 2, de la Constitución de Italia); así se han desarrollado “*ombudsman*” o formas próximas como los comisionados para las fuerzas armadas (*Wehr-*

350 *Cfr.* Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, p. 268.

351 Al respecto Schulze-Fielitz, H., “Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe”, *VVDStRL*, vol. 55, 1996, pp. 231 y ss.

*beauftragte*; artículo 45b de la LF), comisionados para la protección de datos personales (por ejemplo, el artículo 21b de la Constitución de Berlín de 1950/1994) o los “comisionados para los derechos de los niños” (artículo 72, inciso 4, de la Constitución de Polonia de 1997). El que en ocasiones se llame a la prensa el “cuarto poder” indica que la división de poderes en sentido estricto y en sentido amplio deben ser conceptuadas de manera conjunta. Dicho en otras palabras: el canon de los poderes y de las funciones que ejercen está abierto, como la historia evolutiva del Estado constitucional misma.

En el ámbito estatal debe distinguirse la división de poderes *vertical* respecto de la horizontal. En el Estado federal corresponde aquélla a la división de poderes entre la Federación y las entidades federativas. Desde la perspectiva alemana, dicha división garantiza adicionalmente (junto con los derechos fundamentales) la libertad política y justifica de manera especial al federalismo. Pero también los Estados constitucionales que “solamente” se han decidido en favor del regionalismo (desde Italia hasta España) o que se encuentran en vías de hacerlo (en Gran Bretaña, como “*devolution*” para Escocia y Gales, y desde 1998 también en Irlanda del Norte) aprovechan igualmente en lo fundamental la idea de la división vertical de los poderes; con mayor razón cuando se concibe al regionalismo como variante independiente del tipo del Estado constitucional, pero asimismo como “hermano menor” del federalismo.

B) Las *variantes nacionales* del “principio de la división de poderes” son grandes. La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 desarrolló el sistema de “*checks and balances*”, el cual enfatiza la *separación* de los poderes, mientras que las democracias con sistemas de gobierno parlamentarios, en los cuales el gobierno depende de la *confianza* del Parlamento, conocen elementos de múltiples intersecciones entre el primero y el segundo poder (entrecruzamiento de los poderes). Claro está que en ellos la jurisdicción independiente se encuentra fuertemente separada y es autónoma, si bien también hay aquí influencias (por ejemplo, elección o nombramiento de los jueces, ya sea por el Parlamento o por los gobiernos). Como quiera que se encuentre constituida una democracia nacional con división de poderes, lo determinante es que quede garantizada la idea fundamental de la división de poderes, el impedimento al abuso de poder.

En este sentido hay que tomar en cuenta la regulación de las incompatibilidades (*cf.* los artículos 94, inciso 1, frase 3, 137, inciso 1, y 55, inciso 1, de la LF, así como el § 2 del Reglamento Interior del Consejo Federal).<sup>352</sup> Así, desde 1998 se empeña Francia en expedir una ley de incompatibilidades, la que, por ejemplo, impedirá la membresía en el Parlamento al mismo tiempo que se desempeña el cargo de alcalde. A la idea de la separación de poderes hay que agregar el equilibrio de poderes, del control y limitación mutuos.<sup>353</sup>

Visto desde el punto de vista histórico y comparativo, la *acumulación de poderes* (“concentración de poderes”) es el temido *modelo contrario*: se ha practicado tanto en el marxismo-leninismo y su ideología del centralismo socialista (“legalidad socialista”), también en la “parcialidad del derecho”, como en el nacionalsocialismo alemán (“principio del *Führer*”, el “mandato secreto del *Führer*” como fuente suprema del derecho). También el gobierno del SED (Partido Socialista Unificado) en la República Democrática Alemana produjo perversiones aleccionadoras bajo la forma de la orden de disparar (secreta) junto al “muro” o la frontera alemana interna hasta 1989.

De modo que no es ningún accidente que los numerosos Estados reformados de Europa oriental hayan recurrido nuevamente a la división de poderes como principio constitutivo director después del “annus mirabilis” de 1989 (por ejemplo, el artículo 10, inciso 1, de la Constitución de Polonia de 1997: “El sistema de gobierno de la República de Polonia se fundará en la separación y el equilibrio entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial”).

También las Constituciones de ultramar reconocen la división de poderes y realizan así un pedazo de “*Montesquieu*” en su Constitución (por ejemplo, el preámbulo de la de Madagascar de 1992-1995). Montesquieu es en la actualidad un texto clásico universal de la *única* humanidad de nuestro “planeta azul la Tierra”.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado constantemente el principio de la división de poderes en una dogmática finamente cincelada y definida. El texto de la LF, incluido el artículo 20, inciso 2, frase 2, no contiene un reconocimiento unívoco y expreso de la di-

352 Véase el respecto Hesse, K., *Grundzüge...*, p. 212, número marginal 489; sobre lo último Tsatsos, D. Th., *Die Unzulässigkeit der Kumulation von Bundestags- und Bundesratsmandat*, 1965.

353 Hesse, K., *op. cit.*, p. 207, número marginal 476.

visión o la separación de poderes, como tampoco del equilibrio de poderes,<sup>354</sup> sino que únicamente está implícita la distribución de poderes, su articulación.<sup>355</sup> Pero detrás de la parca formulación se encuentra el patrimonio intelectual suprapositivo de los clásicos Montesquieu y Locke. De acuerdo con la jurisprudencia del TFCA, la división de poderes es un principio de organización en que se sustenta la LF (E 3, 225 (247); jurisprudencia constante; por último 95, 1 (15)). Si queremos “interpretar” esto en la LF, también hay que tomar en cuenta que la LF “en ninguna parte ha realizado de manera pura”, en su configuración particular, el principio de la división de poderes (BVerfGE 3, 225 (247); jurisprudencia constante; por último E 95, 1 (15)).

Este enfoque diferenciador ha llevado al TCFA a una jurisprudencia casuística específica para cada ámbito y cada caso, la cual se encuentra marcada, metódicamente hablando, por tres ideas. En primer lugar, el tribunal argumenta de modo teleológico, al referirse al fin de la división de poderes, a saber, “el control mutuo de los órganos del Estado y con ello la moderación del gobierno del Estado” (E 95, 1 (15); jurisprudencia constante, con mayores referencias). En segundo lugar, el TCFA propone reflexiones funcionales en el sentido de que “las decisiones estatales deben ser correctas en lo posible, es decir, ser adoptadas por los órganos que por su organización, composición, función y modo de proceder cuentan con las mejores condiciones” (E 68, 1 (86); por último E 95, 1 (15)). En tercer término, el Tribunal recurre a la idea del “contenido esencial”, el cual puede apoyarse dogmáticamente en el artículo 79, inciso 3, de la LF,<sup>356</sup> al declarar como inmodificable un núcleo de cada poder y que protege las “funciones que típicamente” le confiere la LF (E 34, 52 (59); por último E 95, 1 (15)). Por ejemplo, esto no impide la planeación estatal a través de una ley federal, en todo caso cuando “existan buenas razones para tal efecto en el caso particular” (E 95, 1 (15)), es decir, razones para el “bien común” (*idem*). Por tanto, el TCFA considera a la división de poderes no sólo como un mecanismo protector negativo contra el abuso de poder, sino también, positivamente, como elemento constitutivo del poder estatal, como elemento de optimización funcional y de “responsabilidad de los poderes”.<sup>357</sup>

354 *Ibidem*, número marginal 477.

355 Schmidt-Aßmann, E., “Der Rechtsstaat”, *HdBStR* I, 2a. ed., 1995, 24 RN 47, p. 1010.

356 *Ibidem*, número marginal 56, p. 1016.

357 *Ibidem*, número marginal 50, p. 1012.

Las necesidades de otros países en relación con la división de poderes pueden ser distintas. Lo que importa es solamente que se impida de manera *efectiva* el abuso de poder. En conjunto, la división de poderes se muestra como pieza central de todo Estado constitucional. Se trata de una de las más felices “invenciones” de la historia del espíritu y la cultura y es equivalente a los diez mandamientos de la Biblia, junto con la dignidad humana y la democracia, los derechos humanos y el Estado social y ecológico de derecho, también el Estado de cultura, el federalismo y el regionalismo, la protección jurídica por tribunales independientes y la jurisdicción constitucional. Quizá podría hablarse incluso de un “derecho fundamental a la división de poderes”, ya que en última instancia ésta se encuentra al servicio de los derechos humanos, de la protección de la “libertad del individuo” (BVerfGE 9, 268 (279)). El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, expedida por la Asamblea Nacional francesa en 1789, menciona conjuntamente dichos derechos con la división de poderes y señala que ambos elementos son sencillamente constitutivos: “Toda sociedad en la que la garantías de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución”. De este modo, la división de poderes pertenece a los elementos capitales del Estado constitucional moderno.<sup>358</sup>

## 2. *Constitución de los órganos y división de funciones en interés del cumplimiento de las tareas estatales*

La división de poderes en el Estado constitucional se refiere, en su sentido estricto, a determinados órganos del Estado, órganos constitucionales o instituciones, entre los cuales se distribuyen equilibradamente las *funciones* estatales en cuanto cometidos. En esta exposición podríamos comenzar con estos órganos, porque se encuentran articulados entre sí por la división de poderes. Sin embargo, en el Estado constitucional todos los “órganos” están constituidos por la Constitución y el principio transtemporal, el texto clásico que “divide” a todo Estado constituido, que equilibra y articula entre sí sus formas de manifestación, es precisamente la división de poderes de Montesquieu. La división de poderes

<sup>358</sup> Cfr. Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, p. 267.

es “de inicio constitución de poderes diversos”<sup>359</sup> y se encuentra —intelectualmente próxima a la doctrina clásica de la “Constitución mixta”— el “principio organizativo fundamental de la Constitución” (K. Hesse).

Las tres *funciones* clásicas de la legislación, la ejecución de las leyes y la jurisdicción, así como las tareas que se encuentran detrás de ellas, resultado de los derechos fundamentales, de los llamados objetivos del Estado y de las tareas del bien común, por un lado, y los órganos y las competencias, por el otro, deben ser concebidos conjuntamente e interrelacionados de entrada, aunque en la presente exposición tengan que ser examinados por separado.

En este caso también se trabaja comparativamente en el tiempo y el espacio, y ponemos atención a los textos constitucionales positivos y a su evolución por etapas. De conformidad con el programa de la teoría de la Constitución como “ciencia cultural” hay que agregar siempre los contextos culturales, la cultura política, aquello que la doctrina y la jurisprudencia han “hecho” de los textos, el cómo la viven en la práctica. Resulta evidente que esto sólo puede lograrse de forma muy fragmentaria y puntual, en vista del sinnúmero de Constituciones de todo el mundo que habría que analizar, e independientemente de que hoy ningún estudioso tiene ya el panorama de todos los textos y los contextos. Esto quizá lo podría sólo un Aristóteles o un Montesquieu de nuestros tiempos.

En lo que sigue se tratan primero las tres “típicas” *funciones* clásicas del Estado, después los *órganos* estatales típicos, a saber, el Parlamento (y, en su caso, también las segundas cámaras), el jefe de Estado (presidente o monarca), el Ejecutivo (es decir, el gobierno y la administración), así como los tribunales, en especial la jurisdicción constitucional; las instancias independientes relacionadas, como los tribunales de cuentas o los comisionados parlamentarios, sólo pueden ser “puntos” a tomar en cuenta.

En un apartado propio se tratarán los “fines del Estado”, los cuales, en cuanto “bien común” o “tareas del Estado”, tienen una denominación más bien abstracta, pero que en los diversos Estados nacionales se hacen concretos a través de los principios como el del “Estado social y ecológico de derecho”, el “Estado de cultura” y también a través de los

359 Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., p. 210.

derechos del hombre y el ciudadano. Así como los órganos estatales o constitucionales adquieren su perfil a partir de las funciones, así también hay que entender a los “órganos” y sus funciones a partir del cumplimiento de ciertos objetivos de bien común o tareas del Estado.

Las tres típicas funciones del Estado están al *servicio* de ciertas tareas fijadas en las Constitución de manera sustantiva o procesal. Por su parte, son *instrumentos* del Estado constitucional sometidos al cambio histórico. A pesar de la diversidad nacional y de la multiplicación de tareas, la que ciertamente hoy se pretende reducir a través de la *privatización*, es posible distinguir, antes como ahora, tres funciones del Estado: legislación, ejecución de las leyes y jurisdicción.

La constitución de ciertos “órganos” así como el establecimiento de competencias se produce en el Estado constitucional en función de ciertas tareas delimitadas. La “primacía del derecho”, la función de la Constitución como “orden jurídico fundamental” del Estado y la sociedad, se manifiesta en que los “órganos” del Estado solamente pueden actuar con un fundamento jurídico. Aquí también actúa la división de poderes como sistema de control en el sentido de *checks and balances*. Ningún órgano del Estado posee “plenos poderes en blanco” en el sentido de las doctrinas absolutistas tardías o postabsolutistas. La diversidad de modelos es amplia en la comparación temporal y espacial, por lo que la teoría constitucional solamente puede proceder aquí de manera *tipificadora*.

### A. El Parlamento

En el Estado constitucional democrático se encuentra en primer lugar el Parlamento, ya que se trata del “principal órgano” legitimado democráticamente de manera directa. Inclusive en una democracia presidencial le corresponde una especial legitimación, ya que “representa”<sup>360</sup> la *diversidad* de un pueblo dividido pluralistamente y en cierto modo es un “espejo”, un foro amplio de la nación, inclusive con un sistema electoral “puro” de mayoría (merecen preferencia los sistemas electorales “mixtos”, con elementos de elección por mayoría y de representación proporcional, como en Alemania y también Italia, debido a su amplia “representatividad”).<sup>361</sup> Que el Parlamento como órgano y la legislación

360 Sobre la representación *cfr.* Hofmann, H., *Repräsentation*, 3a. ed., 1998.

361 De la literatura, Stern, K., *Staatsrecht I*, 2a. ed., 1984, p. 301.

como función estatal no se corresponden plenamente, lo demuestra la distinción entre ley formal y ley material, conforme a la cual no todas las normas generales abstractas que son expedidas por el Parlamento y no todas las leyes parlamentarias son normas jurídicas.<sup>362</sup>

Sigue siendo clásica hasta nuestros días la distinción de W. Bagehot.<sup>363</sup> Las tareas del Parlamento residen en su función “electiva” (“*elective*”), “expresiva” (“*expressive*”), “educativa” (“*teaching*”) e “informativa” (“*informing*”), así como en la “función legislativa” (“*function of legislation*”). Los diversos países toman muy diversas vías. Algunos poseen un verdadero sistema bicameral (en los Estados Unidos Cámara de Representantes y Senado), lo cual está condicionado de manera primaria por el federalismo (véase también el Parlamento y el Consejo federales en Alemania). Pero hay también Estados centralistas que poseen un “Senado” (República Checa, Eslovenia, Polonia). En la medida en que avanza el regionalismo, se llega también a la representación de las regiones en cámaras propias, o por lo menos en parlamentos regionales. En la LF le corresponden al Parlamento Federal alemán (*Bundestag*) al menos las siguientes funciones: la competencia legislativa (artículo 77, inciso 1, LF), incluyendo la aprobación del presupuesto (artículo 110, inciso 2, frase 1, LF), así como los asuntos europeos (artículo 23, incisos 2 y 3, LF) y exteriores (artículos 52, inciso 2, 115 a, inciso 1, 115 1, LF), la dirección política a través de la elección del canciller (artículo 63 LF) y el control (por ejemplo, artículos 43, inciso 1, y 44 de la LF). Entre las demás funciones<sup>364</sup> mencionamos aquí solamente la elección de la mitad de los miembros del TCFA (artículo 94, inciso 1, frase 2 LF). A las funciones típicas pueden agregarse, conforme a la jurisprudencia del TCFA, también en el caso particular, funciones atípicas, como la planeación legal (E 95, 1).

Aunque sin duda existen algunas *manifestaciones de crisis* en relación con los parlamentos,<sup>365</sup> las que pueden resolverse paulatinamente sólo a través de “reformas parlamentarias” (por ejemplo, mediante la introducción de la facultad de autodisolución, de los derechos de minoría de la oposición frente al gobierno, de mejoramiento del régimen de las comi-

362 Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., p. 216.

363 Bagehot, W., *The English Constitution. The World Classics*, 1928, pp. 117 y ss.

364 Al respecto Hesse, K., *op. cit.*, pp. 252 s.

365 Al respecto Schneider, H.-P. y Zeh, W. (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989.

siones investigadoras, por ejemplo, mediante votos particulares públicos, etcétera), siguen siendo el sitio representativo de las controversias políticas abiertas, por las cuales tienen que responsabilizarse los partidos políticos. A partir del Parlamento precisamente se crea un pedazo de la “publicidad de la Constitución”. Las elecciones parlamentarias son todavía hoy un *proceso unificador* esencial para un pueblo, sobre todo cuando la democracia, como en la LF alemana, existe como democracia indirecta, no directa (como en Suiza: “democracia semidirecta”). Precisamente se manifiesta aquí la intensiva relación entre determinados derechos fundamentales con la democracia, pues las libertades de información, opinión y prensa son la “base funcional de la democracia”. El ciudadano que se informa sobre la labor del Parlamento para evaluarla crea un pedazo de publicidad parlamentaria. Aun cuando se incrementa el peso de las funciones de gobierno y administración, incluso en la Unión Europea (Comisión en Bruselas), la *opinión pública*<sup>366</sup> que se forma en los Parlamentos o sobre ellos resulta indispensable para un Estado constitucional, pues actúa como un elixir, del mismo modo como la opinión pública es el “oxígeno de la democracia” (G. Heinemann).

Unas palabras sobre las *segundas cámaras*, aun cuando (como en varias naciones) tengan solamente una posición débil (sobre todo, de tipo consultivo): en el sentido de la doctrina de la “Constitución mixta” pueden otorgarle a la democracia un elemento aristocrático; en todo caso, son un elemento de la división de poderes en el sentido apuntado. Lo que parece perderse en “eficiencia” se revela en conjunto como ganancia para la libertad ciudadana y la pluralidad política.

El *derecho parlamentario*, muchas veces regulado de manera formal sólo en los reglamentos internos, es, en sus principios, derecho constitucional material:<sup>367</sup> así de fundamental e importante es para la *res publica* en conjunto. De él forman parte también la división interna en fracciones (“partidos en el parlamento”) y las comisiones.

Precisamente aquí se muestra, empero, que los parlamentos no son “órganos del Estado” en el sentido estricto del término, o en todo caso,

<sup>366</sup> De la literatura: Kloepfer, M., “Öffentliche Meinung, Massenmedien”, *HdBStR*, vol. II, 1987, pp. 171 y ss.

<sup>367</sup> Achterberg, N., *Parlamentsrecht*, 1984, pp. 39; Pietzker, J., “Schichten des Parlamentsrechts”, en Schneider, H.-P. y Zeh, W. (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, pp. 333 y ss.; en la página 354 se habla de derecho constitucional secundario.

no lo son solamente, ya que penetran también en el ámbito social-público, representan el pluralismo de la sociedad abierta; su organización como un pedazo del Estado constituido es un efecto secundario. En un cierto modo son “el pueblo” como conjunto de los ciudadanos y grupos. También los representantes en lo individual, que poseen un estatus de libertad, igualdad y publicidad,<sup>368</sup> están referidos al bienestar de *todo* el pueblo y sujetos solamente a su conciencia (*cf.* artículo 38, inciso 1, LF). Del mismo modo, en el Estado constitucional los partidos políticos no son “instituciones estatales”, como en los Estados monopartidistas, sino “formaciones” sociales libres, a pesar del poder que pretendan o puedan acumular, de que influyan en el Estado, es decir, la legislación y el gobierno, y de que posean estructuras imperativas, que solamente puedan distenderse parcialmente por la democracia interna (*cf.* artículo 21, inciso 1, frase 3, LF); quizá una ventaja de la democracia “semidirecta” en Suiza sea el crear un contrapeso contra la “arrogancia del poder” de los partidos políticos. El unilateral “repudio a los partidos”, que con frecuencia se escucha en Alemania<sup>369</sup> —palabra clave: el “Estado como botín” de los partidos— reconoce la indispensable función positiva de los partidos políticos, tal como se manifiesta en el derecho alemán: artículo 21, inciso 1, frase 1, LF (participación en la formación de la voluntad política del pueblo), § 1 de la Ley de Partidos (“elemento constitucional necesario del orden fundamental de libertad y democracia”). Aunque los países se distingan por su estructura o cultura partidaria (grupos más bien laxos en los Estados Unidos, más bien orientados ideológicamente en Alemania), el Estado constitucional pone de manifiesto cuán indispensable es su actuación en numerosos artículos sobre los partidos de las Constituciones recientes (por ejemplo, el artículo 11 de la Constitución de Polonia, el artículo 19, inciso 1, de la Constitución de Sudáfrica, el artículo 4o. de la Constitución de Angola de 1992, el artículo 138 c del Tratado de Maastricht). Debe hacerse notar de manera autocrítica que siempre existe necesidad de hacer *reformas* (debido al “patronazgo de los cargos”, la acumulación de cargos, las incompatibi-

<sup>368</sup> Al respecto Häberle, P., “Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit des Abgeordnetenstatus”, *NJW* 1976, pp. 537 y ss.

<sup>369</sup> De la literatura: von Arnim, H. H., *Der Staat als Beute*, 1993; pero véase también Huber, P. M., Möhle, W. y Stock, M. (eds.), *Zur Lage der parlamentarischen Demokratie*, 1995.

lidades, la reducción de su influencia en los cuerpos de la radio y la televisión).

Por lo demás, hay que apostar al contrapeso que se obtiene a través de *otros grupos plurales*, como los medios masivos de comunicación, las iglesias y las asociaciones. Su “competencia” crea aquella pluralidad del Estado constitucional que establece la comunidad de la libertad en conjunto. De manera aislada las nuevas Constituciones se ocupan novedosamente de esta diversidad. Así encontramos crecientemente frases sobre los medios de masas (Portugal, artículo 38; España, artículo 20; artículos 183 a 187 de la Constitución del Chad de 1996), sobre las asociaciones (por ejemplo, el artículo 40, inciso 1, de la Constitución de Portugal); las religiones y los cultos son tomados en cuenta en una rica diversidad de formas por las Constituciones nacionales (“derecho constitucional de la religión”, véase, *infra*, XIII). Las asociaciones y personas jurídicas son garantizadas por el lado de los derechos fundamentales (el artículo 9o. de la LF),<sup>370</sup> y protegidos en su capacidad como titulares de tales derechos (artículo 19, inciso 3 de la LF de 1949; artículo 3o. de la Constitución peruana de 1979). Pero también han sido tomados en cuenta en otros contextos (por ejemplo § 29 de la Ley Federal alemana de Protección a la Naturaleza). Por ello se puede hablar en el tipo del Estado constitucional de un “*status corporativus*” que corrige en algunos aspectos la orientación individualista unilateral de los catálogos clásicos de los derechos fundamentales.<sup>371</sup> En cuanto “grupos de presión”, que sin duda *también* lo son, las asociaciones no deberían ser evaluadas sólo de manera negativa, pues en una Constitución del pluralismo son tan indispensables para el ser humano en lo individual, que se comunitariza en lo “pequeño” como en lo grande. No es sino una consecuencia de esto que el derecho parlamentario trate de crear publicidad y transparencia entre otras medidas, mediante “listas de cabilderos”<sup>372</sup> y similares (para exponer los contratos de asesoría de los representantes).<sup>373</sup>

370 Véase al respecto BVerwGE (Sentencias del Tribunal Administrativo Federal) 1, 184.

371 Al respecto Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed. 1998, p. 965.

372 Regulado en el anexo 2 del reglamento interior del Parlamento Federal; *cf.* al respecto Steinberg, R., “Parlament und organisierte Interessen”, en Schneider, H.-P. y Zeh, W., *op. cit.*, pp. 217 ss., 256.

373 Regulado en los §§ 1, inciso 2, núms. 5, 6 del anexo 1 al Reglamento interior del Parlamento Federal.

## B. *Excurso: el jefe de Estado: presidente o monarca*

Una pieza esencial del Estado constituido, con funciones casi indispensables de *integración y representación*, es —en el Estado constitucional— el llamado “jefe de Estado”. Mientras que en la historia constitucional destacaba frecuentemente por su plenitud de competencias absolutas, el Estado constitucional de la más reciente etapa de desarrollo textual ofrece una imagen distinta: los presidentes —y en las monarquías constitucionales de Europa, que son todas democracias, los monarcas— poseen competencias jurídicamente limitadas, aunque su alcance sea diverso: piénsese en la posición fuerte del presidente de los Estados Unidos, o en la débil posición de los monarcas escandinavos (Suecia, Noruega y Dinamarca). Se trata de un “cargo” en la estructura de las funciones estatales, cumple con determinadas tareas y constituye una pieza en la diversidad de la división de poderes del Estado constitucional.

Los textos constitucionales han inventado formulaciones muy diversas para caracterizar al presidente o monarca. (La Constitución de Japón, de 1946, habla del “tenno” como símbolo de Japón y de la “unidad del pueblo japonés”).

El artículo 5o. de la Constitución golista de 1958 dispone: “El Presidente de la República vela por el cumplimiento de la Constitución... Es el garante de la independencia nacional...”, un ejemplo que se encuentra nuevamente en algunas Constituciones reformadas de Europa oriental que tienen estructura presidencial, también en África (por ejemplo, el artículo 58 de la Constitución de Togo de 1992). En Italia, el debate relativo a la reforma constitucional gira actualmente en torno a la posición del presidente (¿electo por el pueblo? semipresidencialismo). Alemania ha recorrido diversas variantes en su historia constitucional, pues mientras que la Constitución de Weimar instituyó al presidente del “Reich”, electo directamente por el pueblo, casi como “heredero” del monarca constitucional de la Constitución bismarckiana de 1871, creando así un dualismo frente al Parlamento (“*Reichstag*”), en cambio resultan modestas las competencias del presidente federal actual, electo por un cuerpo parlamentario (“Asamblea Federal”: artículo 54 de la LF), pues no tiene participación independiente en la “dirección suprema del Estado”.<sup>374</sup> (Nuevamente se demuestra hasta qué punto las Constituciones

<sup>374</sup> Cfr. Hesse, K., *Grundzüge...*, p. 274.

son “reacciones” a las Constituciones que las precedieron y hasta qué grado la teoría constitucional es una ciencia de la experiencia). Sin embargo, el presidente federal, en cuanto instancia “separada” de los partidos políticos y de sus actividades cotidianas, puede, sobre todo a través de la “palabra”, del discurso, “promover” algunas cosas, también criticar e impulsar reformas. Si bien no se trata de un “*pouvoir neutre*” en el sentido de B. Constant, satisface la necesidad humana de contar temporalmente, en el Estado constitucional, con una instancia lo más independiente, junto con los tribunales.

Al diseñarse una nueva Constitución, sobre todo en el proceso de “*nation building*” y “*Constitution making*”, como en Sudáfrica, pero también en las nuevas Constituciones de Europa oriental, hay que poner atención a la vinculación entre *procedimiento electoral* y *competencias* del “jefe de Estado”. Mientras más amplias sean las competencias del presidente, tanto más hay que pensar en una elección popular directa (*cf.*, por ejemplo, el artículo 59 de la Constitución de Togo, el artículo 61 de la Constitución del Chad de 1996). Si bien esto no es forzoso (*cf.* la Constitución de la República Eslovaca), un presidente puede ejercer mejores competencias —más amplias— cuando cuenta con una legitimidad democrática directa (ejemplo: los EUA). Si bien esto puede conducir a “fricciones” frente al Parlamento, incluso a situaciones de bloqueo, también puede significar una saludable pieza de los “*checks and balances*”.

En cuanto institución del Estado constitucional, la monarquía no es una forma deficiente o una variante “degenerada” frente al presidente de una República (“monarquía constitucional”). El carácter hereditario del cargo mezcla, en el plano nacional, un elemento monárquico-aristocrático con el tipo del Estado constitucional. Los ejemplos actuales de Bélgica (rey Balduino) o España, muestran con cuánta intensidad pueden desempeñar funciones de integración y representación los jefes de Estado monárquicos respecto de “pueblos” que se encuentran divididos. En relación con el rey de España, don Juan Carlos I, se ha hablado también de que se trata del “rey de la República Española”. Esto no es una “*contradictio in adjecto*”, si se hace referencia a la “República” mediante conceptos como los de “libertad”, “democracia”, en la tradición de Cicerón con la *res publica* y la “*salus publica res populi*”. Por lo demás, muchos ciudadanos se sienten más alentados en su “*emotio*” por la “tradicción” de las “casas reinantes” que por la “*ratio*” en el caso

de los presidentes temporales. Ambos caracterizan al ser humano —“*ratio* y *emotio*” — y el Estado constitucional hace bien en aprovechar también las fuentes irracionales del consenso, por ejemplo, bajo la figura de los llamados símbolos patrios o las festividades públicas o los días constitucionales (como el 14 de julio en Francia o el 4 de julio en los EUA) o por ejemplo en su nuevo día de “Martin Luther King”.

En algunas nuevas Constituciones se encuentran notables catálogos de tareas, incluso en la delimitación respecto de las tareas del Parlamento y el gobierno (*cfr.* el artículo 106, números 1 a 30, de la Constitución de Ucrania, y los artículos 84 y 85 de la Constitución de Sudáfrica).

### C. El gobierno

Gobierno en sentido institucional significa, en el Estado constitucional, la institución que, en principio, está encargada de la específica “función de gobierno” y que se compone del primer ministro y de los ministros. Si bien el concepto angloamericano de “*government*” es más amplio, porque se refiere al conjunto de las actividades del Estado, el concepto europeo continental de “gobierno” es más reducido: se refiere a la dirección política del Estado como liderazgo responsable del conjunto de la política interna y exterior.<sup>375</sup> Con ello sin duda se producen intersecciones con las tareas y modos de actuación del presidente, por un lado (por ejemplo, en el sistema presidencial francés) y del Parlamento, por el otro (así en la Ley Fundamental de Bonn, la cual vincula estrechamente la función de gobierno con la función legislativa). Sin embargo, es posible desentrañar en el sentido funcional e institucional la relación específica de la función *política* del Estado constitucional —a diferencia de la *función jurídica* encarnada sobre todo por el Poder Judicial— respecto del gobierno: se hallan en primer término elementos de la dinámica y la actividad creativas, de la actividad por propia iniciativa, de la libertad flexible de configuración, del “conducir”. Pero sin duda gobernar significa *también* ejercicio del poder; sin embargo, en el Estado constitucional dicho ejercicio se produce en función de ciertas tareas (del bien común) descritas en términos materiales y procesales por la *Constitución*. El gobierno controla hacia “abajo” o hacia lo interno a la “administra-

<sup>375</sup> Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., pp. 226 y s., con referencia a Scheuner, U., “Der Bereich der Regierung”, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, pp. 455 y ss.

ción”; hacia fuera intenta influir, mediante su política de información, a la opinión pública, la cual, por su parte, controla al mismo tiempo al gobierno. En el Parlamento debe obtener mayoría y debatir con la oposición.

Las Constituciones harán bien si, en el texto, regulan en lo general, en sentido funcional e institucional, al gobierno, y dejan todo el resto al proceso político. De este modo, la Constitución no debería señalar el número y tipo de los ministerios, ya que, por ejemplo, en los gobiernos de coalición en los sistemas parlamentarios debe haber sitio para el “*bar-gaining*”; mucho depende de las personas y los partidos participantes. Un constituyente difícilmente puede prever todas las nuevas necesidades a las que debe enfrentarse rápidamente y de manera *ad hoc* un gobierno. Así, por ejemplo, en Baviera se creó en 1970 un ministerio del ambiente, mucho antes de que la Constitución bávara, a través de una reforma, reconociera la protección del ambiente como objetivo del Estado (1984).

Ciertamente llama la atención que las Constituciones recientes normen amplios catálogos de funciones en materia de gobierno, los que en ocasiones se vuelven muy detallados (ejemplos: artículos 40 y 41 de la Constitución de Sudáfrica de 1996; artículo 116 de la Constitución de Ucrania de 1995; véase también el artículo 146, inciso 4, de la Constitución de Polonia de 1997).

Es de suponerse que dichas “tablas de tareas” no solamente sirven de “incitación” sino también como *limitación*: en Sudáfrica el Estado del *apartheid* había abusado de la función de gobierno, en Europa del Este el todopoderoso Estado socialista, convertido en poder de gobierno sin límites, había degradado a los ciudadanos para convertirlos en súbditos. De esta manera quizá puedan explicarse las nuevas etapas textuales, tanto aquí como allá; sin embargo, hay que recordar que los catálogos de tareas referidos al gobierno no deben ser excesivos y “barrosos”.

#### D. *La administración*

La *administración* en el sentido institucional y funcional no es menos importante en el Estado constitucional. Esto queda ya de manifiesto en la frase que califica al derecho administrativo como “derecho constitucional concretizado” (F. Werner), pero también en una mirada a la normalidad de la vida cotidiana. Los altos fines del Estado señalados en la Constitución tienen que ser realizados, de manera *práctica*, en cada “lu-

gar”. Con razón se habla desde hace tiempo del “arte de administrar” y desde hace poco de la “cultura administrativa”.<sup>376</sup> Las diversas naciones se distinguen con bastante precisión en este aspecto: así, en Francia (que es un país centralista) se reconoce ampliamente la formación que otorgan las escuelas superiores de administración; la administración bávara goza de especial prestigio, en contraposición a algunos *Länder* del norte de Alemania. Los métodos del *new public management*, así como la tendencia a la privatización, indican de momento una “reestructuración” de la administración, la cual enfrenta a todo Estado constitucional a grandes desafíos.<sup>377</sup> En los Estados federales y regionales se introduce también un pedazo de división de poderes garante de la libertad en la institución y la función administrativa, puesto que ésta se encuentra dividida en planos verticales. Por lo demás, en el Estado constitucional la administración se caracteriza por la “realización de las funciones estatales en lo particular y en especial por su vinculación a normas jurídicas”.<sup>378</sup> En lo particular resultan útiles los siguientes caracteres: la administración como actividad “dirigida”, con la función de la concretización en el caso particular, en la que se requieren saber técnico y profesional. Sin embargo, en la realidad actual del Estado constitucional no puede describirse adecuadamente a la administración mediante el concepto de “ejecución dependiente” y la imagen de la “técnica avalorativa”, ya que la sujeción al derecho es diferenciada: la administración pública tiene mayor margen de libertad en la aplicación de los conceptos constitucionales abiertos como “Estado social”, “Estado ambiental” o “Estado de cultura”, pero también en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados como el “bien común” o el “interés público”, o bien también en el campo de la planeación y la prestación de servicios por la administración, así como en el ámbito discrecional. Pero siempre es directamente constitucional; tiene un mandato constitucional *independiente* (cfr. BVerfGE 49, 89 (125 y ss.), sentencia Kalkar), le corresponden en sus campos

<sup>376</sup> Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1a. ed., 1982, p. 20, nota 25; 2a. ed., 1998, p. 1079, p. 1344.

<sup>377</sup> Mastronardi, P. y Schedler, K., *New Public Management*, 1998. Cfr. también Schuppert, G. F., *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten*, 1981, pp. 24 y ss., sobre las “public corporations”.

<sup>378</sup> Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., pp. 229 y ss., sobre lo que sigue. El artículo 195 de la Constitución de Sudáfrica de 1996 fija expresamente los objetivos de la administración, por ejemplo, “high standard of professional ethics”, “transparency”, “good human-resource management”, etcétera.

nucleares una reserva de la administración protegida constitucionalmente.<sup>379</sup> Por ejemplo, también tiene un mandato directo de proteger los derechos fundamentales y “contribuir” a su realización. Es en esta medida que la administración se afirma como poder, o mejor, como “función” independiente en el conjunto del Estado constitucional, a pesar de que sea “dirigida” por el gobierno político. Una función especial del Estado constitucional que se encuentra frecuentemente amenazada consiste en la configuración de *garantías conexas* de esta administración para el bien común sujeta al derecho. Aquí pertenece en época reciente cada vez más el principio de la *publicidad de la administración* (por ejemplo, bajo la forma de un derecho a la información ambiental, visible, por ejemplo, en el artículo 74, inciso 3, de la Constitución de Polonia de 1997); ya clásicos son los postulados, ligados al funcionariado profesional, de la “imparcialidad” y de la estricta “objetividad” (*cfr.* el artículo 130, inciso 1, de la Constitución de Weimar: no “servidores de un partido”), los cuales se encuentran amenazados en varias democracias europeas por el patronazgo de los cargos.

Al segundo poder y a la administración les corresponde también la *autonomía administrativa municipal* (*kommunale Selbstverwaltung*), la cual muestra una especial vinculación con la democracia y el desarrollo de los derechos fundamentales en el Estado constitucional,<sup>380</sup> lo que comenzó en Alemania con la reforma del Freiherr von Stein (1808). En este sentido es un texto constitucional afortunado el artículo 11, inciso 4, de la Constitución bávara de 1946: “La autonomía administrativa de los municipios sirve a la construcción de la democracia en Baviera de abajo hacia arriba”. Ideas análogas se encuentran en la Carta Europea de la Autonomía Municipal de 1985 y en los nuevos textos constitucionales después de 1989 (por ejemplo, artículo 30., inciso 2, de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania de 1993).

También corresponde al segundo poder la “*defensa militar*”, si bien ésta tiene sus rasgos “propios” en relación con las demás funciones de la administración. Para el Estado constitucional resulta determinante la construcción de controles suficientemente efectivos respecto de la de-

379 De la bibliografía, véase al respecto: Schmidt, W. Bartelsperger, R., “Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung”, *VVDStRL*, vol. 33, pp. 183 y ss.; p. 306 (intervención de P. Häberle); *cfr.* también Schröder, M., “Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung”, *HdBSrR*, vol. III, 1988, 67, núms. marginales 22 y ss.

380 *Cfr.* Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998, pp. 751 y ss.

fensa y las fuerzas armadas, para que no se independicen y se conviertan en un “Estado dentro del Estado” (como en la República de Weimar). En este sentido hay necesidad de un control funcional mediante una opinión pública pluralista, pero también a través de mecanismos jurídicos de control: aquí se sitúa la pregunta de *quién* ejerce el poder de mando sobre las fuerzas armadas; frecuentemente corresponde al jefe de Estado, como el presidente de los Estados Unidos o el presidente de Francia (véase también el artículo 106.16 de la Constitución de Ucrania, el artículo 134, inciso 1, de la Constitución de Polonia) o al monarca (*cf.* el artículo 62, literal h, de la Constitución española de 1978), en ocasiones al ministro de defensa y en caso de guerra al jefe de gobierno (*cf.* artículo 65 a, 115 b de la LF); aquí pertenece la creación de instituciones efectivas de *control parlamentario* (por ejemplo, un “comisionado parlamentario para la defensa”: artículo 45 b de la LF).<sup>381</sup> En los sistemas de seguridad colectiva, como la OTAN, se atribuye una competencia decisoria considerable a las instancias de la alianza, aunque en Alemania el TCFA creó una así llamada reserva parlamentaria (*cf.* E 90, 286). En el fondo nos encontramos aquí ante fenómenos de acción cooperativa de los Estados constitucionales que hacen cuestionables conceptos guía tradicionales como el de “soberanía”. Esto es aplicable con mayor razón en la Unión Europea, donde ha surgido un “derecho administrativo europeo” (J. Schwarze).

Que las fuerzas armadas posean en algunas democracias una “función de guardianes” propia (así en Turquía por el Consejo Nacional de Seguridad; *cf.* también el preámbulo y los artículos 118 y transitorio 15 de la Constitución de 1982) o que lo ejerzan en la práctica (así, quizá, en las Filipinas o en Indonesia) es una prueba de que estos países no son todavía Estados constitucionales plenamente “desarrollados”.

### E. La jurisdicción

La jurisdicción ha experimentado, como institución y como función en el Estado constitucional de hoy, una *apreciación* incomparable, lo cual se relaciona con las experiencias negativas en los Estados tiránicos socialistas y nacionalsocialistas, pero podría ser convergente con la destacada posición independiente de los jueces en los sistemas jurídicos

381 *Cfr.* al respecto Hartenstein, F.-H., *Der Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages*, 1977.

angloamericanos (en la LF alemana el artículo 97, inciso 1). A esto se agrega que con frecuencia la “coronación” de la protección jurídica y el Estado de derecho se ve en una jurisdicción constitucional propia, la cual puede mostrar una historia de éxito sin paralelo, desde Austria (1920) hasta la lejana Sudáfrica (1996/97), desde Italia, Francia, Portugal y España hasta el TFC alemán (entre los Estados constitucionales clásicos solamente Grecia carece de una jurisdicción constitucional propia). A esto se agrega el modelo de la Suprema Corte de los Estados Unidos y el desarrollo de los “tribunales constitucionales europeos”, como el Tribunal de Justicia Europeo y la Corte Europea de Derechos Humanos; también la actividad del tribunal constitucional interamericano y el de los países del Pacto Andino. No obstante las diferencias que pueda haber por la cultura jurídica en su desarrollo histórico, en todas partes el Estado constitucional se ha despedido de la idea de Montesquieu de que el juez es solamente la “*bouche de la loi*”. Si bien se ha exagerado la imagen del “Estado judicial” (R. Marcic), crece cada vez más el reconocimiento de la función “pretoriana” del tercer poder, de que sus tareas también son creativas; la sola “defensa del derecho” (*cf.* artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea)<sup>382</sup> no es suficiente; también se trata de un prudente desarrollo del derecho hasta llegar al *derecho judicial* como “fuente del derecho” propia. En los Estados Unidos se habla plásticamente del “*law in action*”, lo que hay que complementar con una palabra que designe lo público: “*law in public action*”. Ciertamente, la *legitimación democrática de los jueces* es muy diversa en los países en lo particular: en Suiza, se elige directamente a los jueces a nivel de los cantones, asimismo en algunos estados de la Unión Americana; en Alemania lo son por los comités de selección judicial en unión de los gobiernos de los *Länder*. También hay que mencionar las reglas especiales que rigen para los jueces constitucionales, ya que algunos de ellos son nombrados por el presidente o por otros órganos (*cf.* el artículo 135 de la Constitución de Italia, el 147 de la Constitución de Bulgaria de 1991). Ya que si bien el “tercer poder” se ha apreciado en el Estado constitucional actual, no es más que *parte* de las funciones estatales y permanece articulado en el sistema conjunto de la división de poderes y debe respetar el principio de los límites jurídico-funcionales de la acti-

382 Al respecto véase I. Pernice en Grabitz, E. y Hilf, M. (eds.), *Kommentar der Europäischen Union*, Stand Mai, 1998, sobre el artículo 164, núms. marginales 7-19.

vidad jurisdiccional, aunque éstos puedan variar en el tiempo, en el espacio y entre países (“*judicial activism*”-“*judicial restraint*”).

El Estado constitucional bien haría en crear numerosas *garantías conexas* para la protección de la independencia personal y material de los jueces, en beneficio de la gran confianza que en casi todas partes se muestra al tercer poder. Su inamovilidad y intransferibilidad, su libertad frente a instrucciones, así como otras garantías desarrolladas como “derechos fundamentales judiciales”, como el derecho de audiencia, la protección judicial efectiva, la prohibición de los tribunales especiales, los principios de “*nulla poena sine lege*” y “*ne bis in idem*”, así como el de publicidad, son elementos indispensables para hacer realidad al “Estado constitucional” como tal. Ciertamente, existen siempre problemas con la “independencia interna” de los jueces, los que tienen que reconocer su “pre-judicio” cultural, mantenerse en lo posible libres de influencias partidistas y trabajar con ayuda de un canon de métodos racionalmente asegurado (a partir de F.-C. von Savigny, 1840), pero susceptible de ampliación (¿derecho comparado!), que permita orientar al resultado así obtenido mediante criterios de justicia “últimos” y “penúltimos”. En ocasiones es necesario recurrir a un derecho natural pre-estatal (como en el juicio sobre la punibilidad de los “tiradores en el muro” en la frontera entre las dos Alemanias; *cfr.* sobre la punibilidad de sus instigadores BVerfGE 95, 96). Tanto en relación con las mencionadas garantías conexas como respecto de la “aplicación” y el desarrollo del derecho, existe actualmente un estándar de reglas y procedimientos, que caracterizan al Estado constitucional como tipo y con el cual tienen que trabajar todas las Constituciones nacionales. El TCFA (E 34, 269 (286), sentencia Soraya) ha fundado la función de desarrollo del derecho por los tribunales en la renuncia consciente de la LF al positivismo legalista en su artículo 20, inciso 3.

Si frente a este trasfondo nos preguntamos por el “tipo fundamental” de la jurisdicción, hay que hacer referencia, por un lado, a su amplia separación respecto de las demás funciones del Estado, y por el otro, a sus tareas de resolución “autoritativa, y por tanto, obligatoria e independiente, en los casos de derechos controvertidos o violados”.<sup>383</sup> En virtud de la “supremacía de la Constitución” que caracteriza al Estado

<sup>383</sup> Así las opiniones en la doctrina alemana que resume Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., pp. 234 y s.

constitucional (por ejemplo, artículo 8o., inciso 1, de la Constitución de Polonia de 1997, artículo 3o., inciso 2, de la Constitución de Benín de 1990), en particular de la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución, son todos los tribunales, en un sentido más profundo y amplio, “tribunales constitucionales”.

## VII. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. Haber resumido en un principio constitucional único la fórmula del “Estado social de derecho” (*cf.* artículo 28, inciso 1, frase 1, de la LF) es una conquista colectiva de la ciencia jurídica y la práctica constitucional alemanas. Sus clásicos son F. J. Stahl y R. v. Mohl, por un lado, en la medida en que fueron precursores científicos de la idea del Estado de derecho en el siglo XIX,<sup>384</sup> H. Heller, por otro lado, porque propagó al “Estado social” en general y con vistas a la Constitución de Weimar.<sup>385</sup> Nadie menos que Carlo Schmid, uno de los más influyentes “padres” de la Ley Fundamental de Bonn, hacía remontar expresamente, en los debates constituyentes, esta fórmula de H. Heller, propuesta por H. von Mangoldt,<sup>386</sup> al “*pathos* social de la tradición republicana”.<sup>387</sup> Bien visto, el *Estado social de derecho* es una “prórroga” congenial, para el siglo XX, del antiguo concepto de Estado de derecho, y actualmente, es de preguntarse si no requiere una nueva prórroga, tomando en cuenta que el Estado constitucional es responsable también por las futuras generaciones y en tal medida se encuentra obligado a la protección del ambiente (“Estado constitucional o de derecho ecológico”). En todo caso, en la actualidad el “Estado social de derecho” es un elemento esencial<sup>388</sup> en el conjunto del Estado constitucional, y su evolución de etapas textuales dan testimonio de ello. Así se encuentran ejemplos de textos en la mayoría de las Constituciones recientes, ya sea en los Estados reformados de Europa oriental (artículo 1o., inciso 1, de la Constitución

384 De la bibliografía véase Stern, K., *Staatsrecht*, I, 2a. ed., 1984, p. 882.

385 *Cfr.* Heller, H., *Rechtsstaat oder Diktatur*, 1930, p. 11; véase al respecto, de la bibliografía Schluchter, W., *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, 1968; Denhard, A., *Dimensionen staatlichen Handelns*, 1996, pp. 33 y ss.

386 *Cfr.* Stern, K., *op. cit.*, p. 878.

387 Consejo Parlamentario. Informe estenográfico, p. 172; al respecto, Stern, *op. cit.*, p. 880.

388 Schmid, C., *loc. cit.*, habla también del “contenido esencial”.

de Macedonia de 1991: “*social state*”; artículo 2o. de la Constitución de Polonia de 1997: “Estado democrático de derecho que realiza los principios de la justicia social”; artículo 1o. de la Constitución de Ucrania de 1996: “*social, law-based state*”) o en África (artículo 1o., inciso 1, de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1991: “Estado social y democrático”; preámbulo de la Constitución de Madagascar de 1995: “Estado de derecho”; asimismo el artículo 8o., inciso 1, de la Constitución de Níger de 1996: “Estado de derecho”).

Las fórmulas varían, pero en el fondo quieren decir lo mismo: el Estado constitucional comprometido con la *justicia social*. Ciertamente es que ésta es una fórmula demasiado general y abstracta, por lo que es susceptible, y requiere, de una configuración (política) y de interpretación múltiple. En la comparación jurídica se producen ciertos “principios parciales” que son comunes a todos los Estados constitucionales. A ellos pertenecen, desde el lado *formal*, la “supremacía de la Constitución”,<sup>389</sup> la sujeción a la ley (entre otros, la legalidad de la administración); por el lado *material*, un estándar europeo común de derechos humanos, la división de poderes, la responsabilidad del Estado, la protección jurídica por jueces imparciales, etcétera. Si la LF ya manifiesta, en su artículo 20, inciso 3, la tensión entre “ley y derecho” y mediante la positividad intermedia y la valoración, entonces el atributo “social” significa con mayor razón un recurso directo (*Durchgriff*) a los elementos de justicia (pre-estatales) como la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección (“seguridad social”). Si la legislación social de Bismarck de 1881 inició tempranamente en la práctica un sistema de seguridad social, cuya “reestructuración” quizá esté pendiente en la actualidad, así también la cláusula del Estado social fue una vía para la *integración de la clase trabajadora* en el Estado constitucional y el sistema parlamentario. Lo que en el mundo angloamericano se discute como “*welfare state*”, y que quizá resulte demasiado débil en los Estados Unidos, es hoy patrimonio común de los Estados constitucionales europeos (si bien la controversia actual sobre una “Carta Social Europea” de la UE permite apreciar que hay diferencias). Así, las Constituciones de Europa expedidas después de la segunda guerra mundial se caracterizan por fórmulas más o menos refinadas que se refieren en el fondo al “Estado social de

389 Cfr. Wahl, R., “Der Vorrang der Verfassung”, *Der Staat*, vol. 20, 1981, pp. 485 y ss.

derecho”, por ejemplo en Italia (artículos 35, 36, 38 de la Constitución de 1947), pero también en Grecia (artículos 21 a 23 de la Constitución de 1975), España y la Constitución de Portugal de 1976 (artículo 1o.: “sociedad libre, justa y solidaria”; artículo 63, inciso 1: “Todos tienen derecho a la seguridad social”). También las Constituciones cantonales suizas contienen una rica paleta de textos normativos comprometidos con la idea del Estado social; así, la Constitución del Cantón del Aargau de 1980 (§ 25, inciso 1: “El Estado promueve el bienestar general y la seguridad social”); por último la Constitución de Berna de 1993 (artículo 29: “derechos sociales”; artículo 30: “Objetivos sociales”).

Solamente en las Constituciones, como la de los Países Bajos de 1983, que son, en el conjunto de su programa regulador, más bien parcas y reservadas, es que se encuentran meros indicios (por ejemplo, el artículo 20, inciso 2: “Las reglas sobre los derechos a la seguridad social serán establecidas en ley del Parlamento”). Una mirada a Sudamérica y América Central es, por el contrario, muy productiva, llegando incluso hasta los esfuerzos excesivos en la materia por ejemplo en la Constitución de Brasil (1988), en parte también la anterior Constitución de Perú (1979). Buena parte del Estado social es creada apenas en el proceso político por la vía de la legislación ordinaria; sin embargo, se requieren textos constitucionales “inductores”. Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del *tipo* del “Estado constitucional”, por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas.

Una teoría constitucional comparativa, que como la aquí esbozada, debe ser breve, solamente puede presentar algunas líneas de los contenidos del principio del “Estado social de derecho”. En lo que sigue dichas líneas serán esbozadas con base en la doctrina y la jurisprudencia alemanas y requieren, naturalmente, de complementación por los estudiosos de otras culturas jurídicas, como la italiana. También tienen que examinarse las divergencias y las convergencias entre el “Estado de derecho” europeo continental y el “*rule of law*” angloamericano. Bajo las anteriores reservas se expone lo siguiente:

2. La configuración del *principio del Estado de derecho* en la Ley Fundamental alemana se compone de una multiplicidad de elementos que

han encontrado precipitación textual distribuida en toda la LF: esto va desde los derechos fundamentales<sup>390</sup> (artículos 1o. a 19 LF), incluyendo la reserva de ley,<sup>391</sup> el principio de proporcionalidad<sup>392</sup> y la garantía de la protección judicial<sup>393</sup> (artículo 19, inciso 4 de la LF), pasando por la división de poderes (cfr. artículo 20, inciso 2, frase 2, LF), la primacía del derecho,<sup>394</sup> la legalidad de la administración y la supremacía de la Constitución<sup>395</sup> (artículo 20, inciso 3, de la LF), la responsabilidad del Estado<sup>396</sup> (artículo 34 LF) y el derecho de revisión judicial,<sup>397</sup> hasta llegar a las garantías de la justicia en los artículos 101 y siguientes de la LF.

Si embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del TCFA, el principio del Estado de derecho “se encuentra definido en la Constitución solamente de manera parcial”.<sup>398</sup> Por ello, el concepto del Estado de derecho se desarrolla en el derecho constitucional alemán a partir de su uso en la cláusula general del artículo 28, inciso 1, de la LF. El topos del Estado de derecho así utilizado “requiere de concretización dependiendo de las situaciones objetivas”<sup>399</sup> y la doctrina y la jurisprudencia los han definido de manera diferenciada en múltiples ocasiones.

Pero en el centro de la discusión se encuentra siempre la seguridad jurídica.<sup>400</sup> Bajo este concepto caen los siguientes subaspectos del problema de la retroactividad de las leyes,<sup>401</sup> la cuestión de la certidumbre de las normas, la validez de los actos administrativos y la cosa juzgada de las sentencias, la autosujeción de la administración y los requisitos de publicidad.<sup>402</sup> Lo que estos aspectos tienen en común es la función

390 Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., 20a. ed., 1995, p. 83.

391 Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, p. 276.

392 BVerfGE 23, 127 (133), con mayores referencias; cfr. Lerche, P., *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, pp. 61 ss.; de manera diferenciada sobre ésta y otras derivaciones del principio de proporcionalidad Michael, L., *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, 1997, pp. 267 y s.

393 Schmidt-Aßmann, en Maunz y Dürig, sobre el artículo 19 IV LF, Rz. 15 y s.

394 Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., 20a. ed., 1995, pp. 86 y ss.

395 Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., p. 88; Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, pp. 271 y s.

396 Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, pp. 282 y s.

397 *Ibidem*, pp. 271.

398 BVerfGE 65, 283 (290).

399 *Idem*.

400 Cfr. Schmidt-Aßmann, E., “Der Rechtsstaat”, *HdBStR* vol. I, 2a. ed., 1995, p. 1030; Kunig, P., *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, pp. 90 y ss.

401 Cfr. al respecto BVerfGE 13, 261 (272), jurisprudencia constante, por último v. gr. E 88, 384 (403 y s.).

402 Kunig, P., *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, pp. 394 y s.

estabilizadora del principio del Estado de derecho, como “forma de producción de continuidad”.<sup>403</sup> El origen de todas estas garantías es la idea de la protección de la confianza, incluso en última instancia, la “idea de la justicia”.<sup>404</sup>

Desde el punto de vista metódico es notable el hecho de que el principio del Estado derecho reúna en sí aspectos que en ocasiones son contradictorios entre sí,<sup>405</sup> sobre todo en la oposición entre justicia formal y justicia material. Por ello se ha hablado de que el principio es como la “cabeza de Jano”.<sup>406</sup>

3. El *principio del Estado social* (cfr. ya el artículo 20, inciso 1, de la LF) es mencionado en la LF de manera conjunta con el principio del Estado de derecho (el artículo 28, inciso 1, frase 1, de la LF habla de los principios del “Estado social de derecho”). Esto plantea la cuestión de la relación de ambos principios entre sí. Así como el principio del Estado de derecho incorpora en sí antinomias, también es frecuente que el principio del Estado de derecho y del Estado social hayan sido entendidos como un par opuesto. Sin embargo, la doctrina ha refutado o matizado<sup>407</sup> poco a poco la incompatibilidad entre ambos que afirmaba E. Forsthoff.<sup>408</sup> Pero con ello la idea del Estado social se ha convertido en un objetivo, sumamente indeterminado, del Estado (“norma en blanco”),<sup>409</sup> para cuyo desarrollo el TFCA le ha conferido al legislador un “amplio margen para su libre configuración”.<sup>410</sup> En todo caso, la garantía del mínimo existencial se ha fundado en el principio del Estado social en relación con el artículo 1o., inciso 1, de la LF (dignidad humana).<sup>411</sup> Además de lo anterior, el principio del Estado social desempeña un papel como topos argumentativo en el marco del principio general de igual-

403 Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., 20a. ed., p. 85.

404 BVerfGE 33, 367 (383), con mayores referencias.

405 BVerfGE 65, 283 (290).

406 Kunig, P., *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, p. 378.

407 Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., 20a. ed., 1995, p. 95, habla del Estado de derecho como límite del Estado social.

408 Forsthoff, E., “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *VVDStRL*, vol. 12, 1954, pp. 8 y ss., 13.

409 Stern, K., *Staatsrecht*, vol. I, 2a. ed., 1984, p. 914.

410 BVerfGE 18, 257 (273).

411 Cfr. BVerfGE 1, 97 (104), por un lado, y E 40, 121 (133), por el otro; recientemente E 82, 60 (85). Una resolución temprana en BVerfGE 1, 159.

dad,<sup>412</sup> de diversos derechos de libertad<sup>413</sup> e incluso del principio de la democracia.<sup>414</sup>

## VIII. ESTADO DE CULTURA Y DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA CULTURA: EL CONCEPTO ABIERTO DE CULTURA

Un primer acceso a la relación entre Constitución y cultura lo da el derecho constitucional cultural como suma de las normas constitucionales que abarcan los asuntos culturales en sentido estricto en las Constituciones federal y de los *Länder*.

### 1. *Ámbitos materiales en Alemania*

Al igual que para el derecho administrativo de la cultura, nos referimos por lo pronto a los tres principales ámbitos materiales ya mencionados: educación (artículo 12, en relación con los artículos 3o., 20, inciso 1, de la LF, incluyendo la educación de los adultos, el artículo 139 de la Constitución de Baviera, y la libertad de las escuelas privadas, artículo 30 de la Constitución de Renania-Palatinado), el arte y la ciencia (artículo 5o., inciso 3, de la LF, artículo 18 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia). Los elementos comunes constitutivos de estos ámbitos culturales, que hablan en favor de la oportunidad del concepto de “Constitución cultural”, son un particular grado de autonomía, de libertad y distancia hacia el poder coactivo del Estado, con la consecuencia de que la imagen propia de los participantes en el proceso cultural adquiere una particular importancia para la interpretación de la Constitución cultural,<sup>415</sup> por esta razón es posible considerar al derecho eclesiástico del Estado (artículo 140 LF, artículos 132 y 150 de la Constitución de Baviera, artículos 41-48 de la Constitución de Renania-Palatinado, artículos 39-41 de la Constitución de Turingia), o mejor dicho, el “derecho constitucional de la religión”, como derecho constitucional “especial” de la

412 Zacher, H. F., “Das soziale Staatsziel”, *HdBStR* I, 2a. ed., 1995, p. 1068.

413 *Ibidem*, p. 1070.

414 *Ibidem*, pp. 1096 y ss.

415 Sobre la relevancia de la imagen propia, *cfr.* BVerfGE 24, 236 (247 y s.). Véase también BVerfGE 54, 148 (155 y s.), caso Eppler. En forma general Morlok, M., *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993.

cultura. Los elementos comunes surgen de que el derecho constitucional de la cultura se refiere al mencionado concepto general cotidiano de la cultura en sentido estricto.

## 2. *Formas técnico-jurídicas de manifestación*

### A. *Diversidad técnico-jurídica de las normas constitucionales de la cultura en los “viejos” Estados constitucionales*

Desde el punto de vista técnico-jurídico nos encontramos que las normas constitucionales de la cultura en los “viejos” Estados constitucionales asumen formas diversas:

a) En las cláusulas generales o especiales sobre el Estado de cultura (por ejemplo, artículo 3o. de la Constitución de Baviera: Baviera es un “Estado de cultura”; artículo 139 *ibidem*: mandato de educación de los adultos; artículo 1o., frase 2, de la Constitución de Sajonia de 1992: “Estado de derecho comprometido con la cultura”; artículo 24, inciso 2, frase 1, de la Constitución de Brandemburgo de 1992: “La vida cultural en su diversidad y la trasmisión del patrimonio cultural son promovidos por el poder público”; véase también el artículo 29, inciso 1, frase 2 de la LF: “contextos culturales”);

b) En fines de la enseñanza y la educación (por ejemplo, artículo 56, inciso 3, 4 de la Constitución de Hesse: tolerancia) o artículo 27, inciso 1, de la Constitución de Sajonia-Anhalt de 1992: “asumir responsabilidad frente a las generaciones futuras”);

c) En catálogos de competencias (normas de tareas) de la Federación (artículo 74, numeral 57 13, 75 numeral 1 a de la LF) o de un *Land* (artículo 141 de la Constitución de Baviera; artículo 30 de la Constitución de Turingia de 1993);

d) En la consagración de derechos fundamentales (palabra clave: libertades (de no interferencia) culturales y su promoción por el Estado—concepto de derechos fundamentales en términos del derecho constitucional de la cultura, por ejemplo, artículo 5o., inciso 3, de la LF, artículo 7o. de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania—);

e) En los preámbulos así como en fórmulas juramentales y garantías de los días festivos;

f) En el llamado “derecho constitucional municipal de la cultura”<sup>416</sup> como parte del pluralismo de sujetos culturales (*cf.* los artículos 10, inciso 4, 83, inciso 1, 140 de la Constitución de Baviera, el artículo 36 de la Constitución de Sajonia-Anhalt).

Por lo demás, se puede estructurar el derecho constitucional de la cultura a través de la distinción entre derecho constitucional individual de la cultura (por ejemplo, libertad de artistas y científicos: artículo 5o., inciso 3, LF; artículo 10 de la Constitución de Hesse; derecho a la educación: artículo 27 de la Constitución de Bremen, artículo 29, inciso 1, de la Constitución de Brandemburgo), derecho constitucional de la cultura objetivo-institucional (por ejemplo, instituciones para la educación continua y de los adultos: artículo 32 de la Constitución del Sarre, artículo 17 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia; protección de los días festivos: artículo 22 de la Constitución de Berlín; atención espiritual en centros de reclusión: artículo 54 de la Constitución de Hesse; promoción del arte: artículo 7o. de la Constitución de Schleswig-Holstein) y derecho constitucional de la cultura corporativo, como la garantía de la actividad de asociaciones socio-culturales (por ejemplo, artículo 37 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia), sobre todo de las iglesias y asociaciones religiosas (artículo 51 de la Constitución de Hesse, artículo 137 de la Constitución de Weimar en relación con el artículo 140 de la LF), así como derecho constitucional de la cultura de participación (por ejemplo artículo 11, inciso 1, de la Constitución de Sajonia: “La participación en la cultura en su diversidad y en el deporte debe ser posible para todo el pueblo”). Naturalmente hay aquí numerosas formas mixtas e intermedias, al igual que relaciones de complementariedad.

### *B. Los países en desarrollo en el campo del derecho constitucional de la cultura*

Este campo se caracteriza por una especial densidad, alta diferenciación, mucha fantasía y algunas innovaciones, sin negar la pertenencia al tipo del “Estado constitucional”. Esto no resulta sorprendente, ya que la cultura es el ámbito en que los Estados de ultramar deben encontrar,

416 De manera detallada Häberle, P., *Kulturpolitik in der Stadt ein Verfassungsauftrag*, 1979, pp. 21 y ss.

afirmar, proteger y desarrollar su identidad nacional. Sin querer subestimar el derecho constitucional económico como base económica, “material” para el proceso del desarrollo nacional de estos países, en vista del objetivo de la “nivelación” económica de los Estados bajo el término clave “desarrollo del bienestar”, en la actualidad un país en lo particular solamente puede encontrar su individualidad, perfil e identidad, en lo cultural y a partir de lo cultural, a pesar de la “cultura intercontinental de la compensación” de nuestros días (H.-G. Gadamer). Proteger y desarrollar al mismo tiempo lo propio con apertura hacia la cultura mundial (resultan ejemplares en tal sentido los fines educativos del artículo 73 de la Constitución de Guatemala) es la “cuestión existencial” de los países en desarrollo. Por esta razón, el derecho constitucional de la cultura debe producir diferenciaciones textuales propias. El “desarrollo” puede ser “sostenido” por una nación en lo individual y por sus ciudadanos si, por un lado, se conserva retrospectivamente el patrimonio cultural, a través de las correspondientes cláusulas de protección e identidad (por ejemplo, de los bienes culturales nacionales), también por los artículos sobre la lengua; por el otro lado, de modo prospectivo, si se trabaja en el desarrollo (continuo) de lo cultural, a través de fines educativos, derechos de acceso y participación en la cultura, empezando con la eliminación del analfabetismo y terminando con un proyecto pluralista de cultura. ¡Aquí es donde puede y debe ponerse a prueba la tentativa de una teoría constitucional que se presenta como “ciencia de los textos y la cultura jurídicos”!

#### *a. Cláusulas sobre patrimonio e identidad culturales en textos generales y especiales*

Las cláusulas de patrimonio e identidad culturales son una característica de los países en desarrollo. Dichas cláusulas deben proteger de manera expresa lo que las naciones de los viejos Estados constitucionales toman de manera natural y no escrita como fundamento de su identidad y lo que en Europa puede considerarse “cultura constitucional” y que está conformado en el marco de la “unidad del orden jurídico” en muchos campos especiales del derecho ordinario. La riqueza de las variantes textuales es grande y merece nuestro respeto. Sin duda el artículo 48 de la Carta de la OEA actúa, como norma de reconocimiento y estímulo: “Los Estados miembros... se considerarán individual y solidariamente

comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos”. La anterior Constitución de Perú de 1979 disponía ya en su preámbulo: “Animados por el propósito de mantener y consolidar la personalidad histórica de la Patria, síntesis de los valores egregios de múltiple origen que le han dado nacimiento; de defender su patrimonio cultural; y de asegurar el dominio y preservación de sus recursos naturales...”.

Las cláusulas especiales de protección se refieren a las “culturas nativas”, al folklore nacional, al arte popular y la artesanía (artículo 34), el “patrimonio cultural de la nación” (artículo 36). Hay que agregar el artículo 100 sobre la integración: “El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina”, así como el servicio y colaboración de los medios sociales y privados de comunicación en favor de la “educación y la cultura” (artículo 37).

La Constitución de Guatemala de 1985 recorre esta vía más lejos, al inventar alguna variante, por ejemplo en el preámbulo: “inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural...”.

Y en el artículo 58 sobre la “identidad cultural”: “Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”, así como otras normas sobre la protección de la “cultura nacional” (artículo 59), del “patrimonio cultural de la nación” (artículo 60, pero véase también el 61) y de los “grupos étnicos” (artículo 66).

La Constitución de Brasil (1988) formula una cláusula de protección en relación con “las manifestaciones de las culturas popular, indígenas y afrobrasileñas, así como las de los demás grupos que participan en el proceso civilizatorio brasileño” (artículo 215 1). El “patrimonio cultural brasileño” es protegido de manera muy detallada (artículo 216): desde las “formas de expresión”, pasando por las formas de crear, hacer y vivir, hasta “otros espacios destinados a las manifestaciones artísticas y culturales”. Lo último puede verse fácilmente como contribución a la controversia en torno al concepto de arte y cultura.

#### *b.* Artículos sobre la lengua

Los Estados nacionales clásicos, en cuanto Estados constitucionales, tienen dificultades con la libertad lingüística, por ejemplo, en el sentido

de la tradición y el presente ejemplares de Suiza.<sup>417</sup> Tanta mayor atención merecen entonces algunos países en desarrollo. Aunque fijen una o varias lenguas como oficiales, permanecen preocupados por otras lenguas de sus ciudadanos, quizá en la conciencia de que las “lenguas indígenas” son un elemento esencial de su patrimonio “cultural” y “multicultural”. Mientras más reconocen su patrimonio cultural, tanto más tienen que poner atención en la conservación y promoción de la diversidad de lenguas. Esto puede mostrarse con el ejemplo de Perú, cuya Constitución de 1979 disponía en su artículo 35: “El Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua”.

Una correspondencia interna similar entre cláusulas sobre patrimonio cultural y sensibilidad a la diversidad de lenguas es la que logra la Constitución de Guatemala (1985). Sus ejemplares cláusulas sobre la identidad cultural en el artículo 58 (derecho de las “personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo con sus valores, su lengua y sus costumbres”) encuentra su continuación en las palabras del artículo 66: “El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida” (de los diversos grupos étnicos), el uso de sus “idiomas y dialectos”, así como en el artículo 76, párrafo segundo: “En las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena, la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe”.

Francia, el país de los derechos del hombre, podría aprender bastante de los países en desarrollo, por ejemplo, en relación con su política lingüística en Alsacia. Todavía en 1981 decía François Mitterrand, como candidato presidencial, en el sur de Bretaña: “Ha llegado el momento para un estatuto de las lenguas y las culturas en Francia que les conceda a éstas verdadera viabilidad. Ha llegado el momento de abrirles ampliamente las puertas en la escuela, la radio y la televisión, para que encuentren en la vida pública el espacio que requieren y que les corresponde”. Francia debería “dejar de ser por fin el último país de Europa que niega a sus pueblos derechos culturales elementales”. ¡Hasta ahora Francia se ha mantenido en su tradición jacobina!

417 Véanse las particularidades en Häberle, P., “Sprachen-Artikel und Sprachenprobleme im Verfassungsstaat”, *FS Pedrazzini*, 1990, pp. 105 y ss.

El respeto a la identidad cultural de los ciudadanos le vendría bien hoy día a todo Estado constitucional. Aunque haya quedado anclado en la anterior etapa del Estado nacional “egocéntrico”, podría recuperar a nivel subconstitucional (mediante normas legislativas y administrativas) lo que hasta ahora se ha perdido. En este sentido, los países en desarrollo se encuentran más “adelantados” en su etapa de desarrollo textual, y sus ejemplares Constituciones podrían otorgar “ayuda al desarrollo” a algunos Estados constitucionales europeos, pues éstos se encuentran subdesarrollados en materia de libertad e identidad culturales de los ciudadanos dentro del campo de las lenguas. Ellos, los Estados constitucionales clásicos, deben volverse receptores, pues los países en desarrollo han creado “condiciones” altamente productivas. Pero en qué medida se ajustan a su realidad constitucional es una cuestión que queda abierta.

### c. Fines educativos

“Artículo guía” de las posteriores codificaciones constitucionales culturales de los fines educativos (quizá también en los países en desarrollo) es el artículo 148 de la Constitución de Weimar:

En todas las escuelas debe lograrse educación moral, convicción ciudadana, capacidad personal y profesional en el espíritu del pueblo alemán y de la reconciliación de los pueblos.

En las clases en escuelas públicas debe tomarse en cuenta que no sean lesionados los sentimientos de quienes piensan de manera diferente.

El civismo y la clase de trabajo son materias de las escuelas. Cada alumno recibirá un ejemplar de la Constitución al terminar la educación obligatoria.

Las Constituciones de los *Länder* de Alemania occidental impulsaron fuertemente, después de 1945, la etapa de desarrollo textual de los fines constitucionales de la educación, en disposiciones como: “Respeto de la convicción religiosa y de la dignidad del ser humano” (artículo 131, inciso 2, de la Constitución de Baviera), preparación para “el servicio independiente y responsable al pueblo y la humanidad a través del respeto y el amor al prójimo” (artículo 56, inciso 4, de la Constitución de Hesse) y sobre todo a través del artículo 26, numeral 4, de la Constitución de Bremen: “La educación para la participación en la vida cultural del pueblo propio y de los pueblos ajenos”. Qué tan fuertemente se encuen-

tran integrados los objetivos educativos en la dinámica del desarrollo del tipo del Estado constitucional se muestra, por último, en que las Constituciones de los *Länder* alemanes occidentales han incorporado recientemente modificaciones en materia de la protección jurídica del medio ambiente (artículos 3o., inciso 2, 141 de la Constitución de Baviera; artículo 11 a de la Constitución de Bremen), lo que han “igualado” pedagógicamente en el “*soft law*” de los objetivos educativos (*cf.* el artículo 131, inciso 2, nuevo texto de la Constitución de Baviera: “Conciencia de la responsabilidad por la naturaleza y el ambiente”, así como el artículo 26, inciso 5, de la Constitución de Bremen: “La educación para la responsabilidad por la naturaleza y el ambiente”). Todas las Constituciones de Alemania oriental han producido textos de “afinidad electiva” en 1992-1993.

Esta doble línea interna de desarrollo del Estado constitucional, es decir, apoyada jurídica y pedagógicamente, encuentra su contrapartida en elementos textuales de los convenios internacionales de derechos humanos, en la medida en que tematizan la educación en favor de dichos derechos. El “artículo guía” pionero es el artículo 26, inciso 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Naciones Unidas de 1948:

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

En el artículo 1o., inciso 1, de sus estatutos de 1945, la UNESCO creó igualmente una base textual para la educación en los derechos humanos y persigue este objetivo, entre otras formas, mediante la proclamación de un “día de los derechos humanos”.

Es la contribución específica de los países en desarrollo haber creado recientemente una diferenciación en la etapa textual que combina los fines educativos constitucionales del tipo descrito con los textos internacionales sobre derechos humanos, en el sentido de una educación para la Constitución, así como para los derechos humanos y fundamentales. Los trasfondos son evidentes: los países en desarrollo deben fundarse

también como Estados constitucionales a través de la socialización cultural y la educación; asimismo, la protección jurídica de los derechos humanos requiere urgentemente de un “flanqueo” mediante lo pedagógico. Los procesos de aprendizaje que duran generaciones, por ejemplo en Francia desde 1789, deben ser recuperados de la manera más rápida posible a través de la educación.

La Constitución de Perú de 1979 logró todo esto en los siguientes puntos textuales: “La educación... [se] inspira en los principios de la democracia social” (artículo 21, segundo párrafo). “Promueve la integración nacional y latinoamericana, así como la solidaridad internacional” (artículo 22, primer párrafo), y: “La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en todos sus niveles” (*ibidem*, tercer párrafo).

Igualmente enfático es el artículo 72 de la Constitución de Guatemala:

La educación tiene como fin promordial el desarrollo integral de la persona humana, el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal.

Se declaran de interés nacional la educación, la instrucción, formación social y la enseñanza sistemática de la Constitución de la República y de los derechos humanos.

Pensar las Constituciones del Estado constitucional, así como los derechos fundamentales y humanos como fines educativos —lo que en la doctrina alemana ha desarrollado hasta ahora bajo el término clave “principios constitucionales como fines educativos”— posee ahora, gracias a los países en desarrollo, una base textual de argumentación. A esto se agrega el compromiso en favor de la promoción de la idea de los derechos humanos, conforme al artículo 25 de la Carta africana de Banjul de 1982 (“comprometidos a promover a través de la enseñanza, la instrucción y las publicaciones el respeto frente a los derechos y libertades contenidos en esta Carta... y además velar por que las libertades y los derechos, así como las correspondientes obligaciones, sean comprendidos”). Futuras modificaciones constitucionales o procesos constituyentes en los Estados “desarrollados” deberían aprender de esto. ¡Piénsese en las nuevas Constituciones de Europa oriental, que han debido asegurar de manera doble en sus textos el estándar de derechos humanos que pretenden recuperar: jurídicamente a través de la protección de los de-

rechos fundamentales, y pedagógicamente a través de los textos constitucionales (o por lo menos mediante leyes ordinarias) sobre los derechos fundamentales y humanos “como” fines educativos! Quizá podríamos atrevernos a decir “educación del género humano para el Estado constitucional”.

#### *d. Derechos fundamentales culturales*

La fundación de los países en desarrollo a partir de su cultura no excluye, sino que, por el contrario, incluye, en la actual etapa de la vida del Estado constitucional, los derechos fundamentales culturales. Mientras que en Alemania el derecho constitucional de la cultura se ha “explorado” sistemáticamente sólo desde finales de los setenta, es posible encontrar en las Constituciones recientes de los países en desarrollo elementos textuales que constituyen un gran enriquecimiento en el marco de una teoría del derecho constitucional de la cultura. Desde el punto de vista temático, hay que distinguir entre derechos fundamentales culturales nuevos y desarrollados y refinamientos de la dimensión de las libertades culturales (junto a los derechos de no interferencia, los objetivos y los prestacionales). He aquí algunos ejemplos:

Para empezar sobre los temas: en el artículo 21, párrafo primero, de la Constitución de Perú de 1979 se encuentra una cláusula general sobre el Estado de cultura en la figura de un derecho fundamental subjetivo: “El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana”. Una ejemplar precisión de los derechos fundamentales a la educación es la que logra el segundo párrafo del mismo artículo mediante las siguientes palabras: “La educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad. Se inspira en los principios de la democracia social. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza”.

Los contenidos educativos en el artículo 22 (“conocimiento y la práctica de las humanidades, el arte, la ciencia y la técnica”) no podrían ser formulados de manera más exacta en una Constitución europea. El derecho fundamental “congenial” a la identidad cultural en el artículo 58 de la Constitución de Guatemala (“Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo con sus valores, su lengua y sus costumbres”) ya fue valorado. También resulta una precisión temática el artículo 2o., inciso 4, de la Constitución de

Perú citada: “Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.

Una palabra sobre las diversas dimensiones de los derechos fundamentales culturales. Los jurídico-objetivos ya los encontramos en el contexto del análisis de las tareas culturales del Estado, debiéndose mencionar el artículo 63 de la Constitución de Guatemala (“El Estado garantiza la libre expresión creadora, apoya y estimula al científico, al intelectual y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica”), o el artículo 34 de la Constitución de Perú de 1979 (“El Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas...; artículo 38: ”El Estado promueve la educación física y el deporte...), también el artículo 26 (“La erradicación del analfabetismo es tarea primordial del Estado...”).

La participación en los derechos prestacionales se condensa en el artículo 57 de la Constitución de Guatemala en un texto constitucional que se encuentra plenamente a la altura de la dogmática europea, pero que contiene un componente típico de los países en desarrollo: “Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la nación”.

El artículo 215 de la Constitución de Brasil de 1988 dispone: “El Estado garantiza a las personas el pleno ejercicio de sus derechos culturales, así como el acceso a las fuentes de la cultura nacional; y apoya y promueve la apreciación y difusión de las manifestaciones culturales”.

Sin duda no estaremos escatimando el logro de los países en desarrollo si recordamos los textos ejemplares de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; por ejemplo, el artículo 27, numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 (“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”). Ya la positivización jurídica y la consecuente integración en la sistemática y la forma típica de la propia Constitución individual es una contribución que merece respeto, con independencia de los refinamientos en contenidos y las adaptaciones a la biografía histórica de la propia nación. Finalmente, hay que recordar que los principios nacionales e internacionales sobre los derechos fundamentales trabajan de manera común e

igualmente intensiva en las etapas evolutivas del tipo del “Estado constitucional”. De este modo, el Estado constitucional —o al menos sus elementos textuales particulares—, se transforma verdaderamente en un proyecto universal de la comunidad de los pueblos, y los derechos humanos se convierten en la “religión civil universal” de nuestro tiempo.

#### e. Cláusulas sobre el pluralismo cultural

Ya la normación de las libertades culturales introduce el indispensable momento de la apertura en el derecho constitucional de la cultura de los países en desarrollo. Y la constatación del compromiso con el “patrimonio cultural” sería una infructuosa garantía historicizante del *status quo* si no se tomara en cuenta el aspecto de la diversidad de lo cultural en el pasado y el futuro. Desde el punto de vista de los textos constitucionales, los países en desarrollo recorren aquí el camino correcto entre la elaboración de la propia historia cultural y la apertura hacia lo novedoso. La expresión clave del “concepto abierto de cultura”,<sup>418</sup> de la “concepción pluralista de cultura”, también puede mostrarse en relación con los países en desarrollo, aunque éstos tienen que luchar muy intensamente por su identidad cultural. He aquí algunos ejemplos textuales:

En su texto, el artículo 34 de la Constitución de Perú (de 1979) se basa ya en la diversidad cultural (protección de las “culturas nativas”), ya que la cultura aparece varias veces en plural. La pluralidad de los fines educativos está condensada de la mejor manera posible en el artículo 72, primer párrafo, de la Constitución de Guatemala (“La educación tiene como fin primordial... el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal”). Notable es el pluralismo de sujetos culturales que se abre paso en varios pasajes textuales, por ejemplo, en el artículo 85 de la misma Constitución (reconocimiento de las universidades privadas con el propósito de contribuir a la “investigación científica, a la difusión de la cultura y al estudio y solución de los problemas nacionales”), o bajo la figura del mandato constitucional para la promoción de la “iniciativa privada en el campo de la educación” (artículo 80 de la Constitución de Costa Rica). En lo demás, las cláusulas sobre el pluralismo consagran, en general, el pluralismo también en el campo cul-

<sup>418</sup> Häberle, P., examinado por primera vez en *id.*, *Kulturpolitik in der Stadt ein Verfassungsauftrag*, 1979, pp. 22, 34 y s.

tural, a la manera de la Constitución de Perú (Preámbulo: “sociedad abierta”; en forma similar el preámbulo de la Constitución de Brasil: “sociedad civil, pluralista y libre de prejuicios”; véase también el artículo 1o., fracción V, de la misma Constitución: “pluralismo político”).

Un texto “inspirador” puede verse en el artículo 3o., inciso m) de la Carta de la OEA: “La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana”.

Por último recordemos una cláusula de Estado de cultura de tipo propio, que incluye a los países en desarrollo, pero también a los individuos. El artículo 17 de la Carta de la OEA dispone: “Cada Estado tiene el derecho de desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”.

### C. *El concepto abierto de cultura como fundamento*

Independientemente de un concepto estricto en sí de cultura, el fundamento de los ámbitos materiales del derecho constitucional de la cultura es un concepto abierto de la misma, el que toma en serio —apartándose de una concepción (meramente) ilustrada de cultura— la “cultura para todos” (H. Hoffmann)<sup>419</sup> y la “cultura de todos” como magnitud empírica y como lineamiento normativo. El concepto amplio, diverso y abierto de cultura abarca la cultura de la tradición y la ilustración burguesas, así como la cultura “popular” y de masas, tanto como las culturas alternativas, las subculturas y las “contraculturas”. La cultura y el concepto de cultura aquí sostenido actúan también en la vida diaria profesional, además de su tradicional situación —que debe conservarse— en el ámbito del tiempo libre. La convivencia, el intercambio y la competencia entre alta cultura, cultura popular y subcultura, de la cultura de consumo y la cultura activa, es una garantía de la diversidad cultural. Ésta vive del derecho constitucional de la cultura desarrollado “en” el Estado federal, con sus elementos de la libertad cultural, del pluralismo cultural, de la división cultural de los poderes: este concepto abierto de cultura es consecuencia de la estructura pluralista de la comunidad política.

419 Hoffmann, H., *Kultur für alle*, 1979, 2a. ed., 1981.

Lo determinante sigue siendo el enfoque antropológico: el ser humano tiene distintas necesidades culturales, a las cuales debe dar un marco óptimo el derecho constitucional. En este sentido, el derecho, incluso el derecho constitucional de la cultura en el Estado federal, ¡es sólo un instrumento! El ser humano no vive sólo de la cultura, pero esencialmente vive hacia la cultura y de la cultura de generaciones pasadas y presentes (en el sentido de un contrato cultural de las generaciones, que en sí es una conquista cultural). La cultura es, y crea, la posibilidad y la realidad de dar sentido en una historia que se concibe abierta. Dicho en palabras de A. Gehlen: el ser humano es “por naturaleza un ser cultural”.

#### *D. La relación con la teoría constitucional como ciencia cultural*

Lo que “norma” el derecho constitucional de la cultura no son sino sectores del objeto cultura. El texto constitucional los aborda de manera directa, sin “mediación”, en la medida en que esto es posible, en general, en este sensible campo. Aquí se encuentran los sectores de la cultura en sentido estricto, como la ciencia y el arte, la educación y la formación, también los objetivos educativos, días festivos, política cultural abierta y el deporte, en la relación más estrecha posible con el derecho. Se llega a una “simbiosis” entre derecho y cultura; se habla con razón de un “derecho de la cultura”.

La relación entre Constitución y cultura en sentido más amplio, por el contrario, se encuentra mediatizada, aunque ello no la hace menos importante. Incluso son “cultura” el derecho constitucional económico, también la vida política, las actitudes valorativas de un pueblo, como objeto de investigaciones sobre su “cultura política”. Mientras el derecho constitucional de la cultura en sentido más estricto puede ser captado jurídicamente, una concepción de la teoría constitucional como ciencia cultural requiere muchos eslabones intermedios y la contribución de muchos científicos.

## IX. BIEN COMÚN Y TAREAS DEL ESTADO (EL ENFOQUE MATERIAL Y PROCESAL)

### 1. *Bien común*

A) El legislador, el gobierno, los funcionarios de la administración y los jueces tienen que trabajar día a día con el concepto de bien común; por ello no es posible evadirse hacia la “tesis de la fórmula vacía” en boga. En la democracia pluralista, el bien común —idéntico al interés público— es indispensable, aunque haya que desentrañarlo de modo diferenciado. La aportación parcial de la ciencia jurídica como ciencia práctica es labor previa para un foro de diálogo interdisciplinario.

B) El bien común se encuentra en todos los planos de la jerarquía de las normas y en todos los ámbitos del derecho, pero también en el contexto de todas las funciones del Estado, como principio, norma y topos jurídicos. A partir del material jurídico que en un primer momento aparece como difuso, es posible elaborar, en el plano de la legislación y la jurisprudencia, ciertas tipologías, es decir, constelaciones en las que el interés público cumple con determinadas funciones. A ellas pertenece, por ejemplo, el bien común como fundamento competencial y como título que limita los derechos fundamentales y crea obligaciones, como cláusula de excepción y título para los secretos del Estado (no publicidad). Pero de manera creciente se dibujan diferenciaciones e interrelaciones: el bien común se determina también a partir de intereses privados, entra en colisión con otros intereses públicos (plurales) (“conflictos en sí”); la libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público: así la libertad de opinión, prensa e información abre la vía para la “actualización de la publicidad y la concretización del bien común” en la *res publica*. El tercer poder se convierte, en la “jurisprudencia del bien común”, gracias a sus sutiles técnicas pretorianas, en la concretización de los intereses públicos. Para la administración y la legislación, el bien común es, por su parte, un concepto guía abierto al desarrollo.

C) En el ámbito de lo social-público, los partidos políticos y otros grupos plurales —como las partes en las negociaciones laborales colectivas— formulan intereses públicos que, en la democracia pluralista, han perdido su referencia estatal y su carácter de previamente dados (más allá de las directivas constitucionales). La democracia, el pluralismo, la

apertura y los derechos fundamentales, dan perfil sustantivo y procesal al bien común, el cual se encuentra situado, en el marco de las instituciones jurídicas —al igual que en el de la acción colectiva, como la de las asociaciones de protección del ambiente o la fauna— y bajo la responsabilidad del jurista.

D) La historia y la discusión teóricas —tangibles en los textos de los clásicos lo mismo que en la vida diaria política— oscilan entre la hipostación acrítica del bien común en el concepto “supremo”, no cuestionado, sino “creído”, “ontológico” (“*bonum commune*”, “razón de Estado”, “máxima arcana”), en cuyo nombre se han eliminado, e incluso reprimido, los intereses privados, como en las “sociedades cerradas”, por un lado (“la utilidad común prevalece sobre la utilidad propia”, y similares), y la degradación hacia una simple “fórmula vacía”, hacia un mero instrumento de poder, encubierto ideológicamente, por el otro. Por el contrario, en las sociedades abiertas (en el sentido de Popper), el bien común se revela como una fórmula que constituye a la convivencia humana. Sus contenidos históricamente cambiantes remiten a contextos de legitimación últimos o penúltimos, como la concepción del Estado y la forma de gobierno (“república”, “democracia”), la ética social y la justicia, y tiene que ser transformado en la práctica en el caso particular del derecho positivo, a pesar de la tensión que pueda haber entre el bien común como postulado ideal y su realidad (no pocas veces deficiente).

E) En el Estado constitucional democrático de tipo occidental (con la dignidad humana como premisa, con legitimación democrática, derechos fundamentales y división de poderes, esfera pública pluralista y los “objetivos” del Estado social y cultural de derecho) es posible y necesaria una teoría jurídica del bien común. La Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad, ofrece directivas sustantivas para el bien común; también abre una diversidad de procedimientos para su concretización y revisión.

F) Las palabras clave son “*salus publica ex constitutione*”, “*salus publica ex processu*”. El bien común republicano, en el marco de la LF, es menos un dato previo que una tarea conferida concretamente. Es el resultado de complejos procesos en la combinación de muchos miembros de las funciones estatales y los procesos públicos.

G) Numerosos impulsos para el bien común provienen, en el Estado constitucional, tanto de la sociedad abierta como de la constituida. Gru-

pos plurales de todo tipo formulan, de manera agresiva o defensiva, de modo puntual o sectorial, aspectos del bien común que tratan de introducir en la determinación estatal del bien común.

H) A pesar, o quizá debido a sus manifestaciones jurídicas, requiere el bien común de investigación interdisciplinaria. Siendo desde la antigüedad una categoría del hombre que reflexiona sobre su *res publica* y que actúa en ella y para ella, el bien común se encuentra en un contexto cultural concreto. Los conceptos jurídicos básicos como el bien común no viven de sí mismos, sino que surgen de numerosos logros integradores de la cultura de un pueblo. El “bien común” debe ser determinado concretamente, y en tal medida es “relativo”, pero también está dotado con contenidos y procedimientos clásicos, es un catalizador.

I) La Constitución del pluralismo descansa en contextos que en última instancia sólo pueden ser desentrañados por la ciencia cultural, y que el jurista no puede desentrañar solo (véanse también los fines educativos). Su consenso mínimo y básico (por ejemplo, de respeto al procedimiento del bien común, de la protección de las minorías, la prohibición de la violencia y la tolerancia) enraiza en estos ámbitos. En vista de crisis y peligros especiales, el actual concepto de bien común se ve sometido aquí a prueba.

J) Mientras que el concepto de bien común en el Estado constitucional debe elaborar cada vez nuevos instrumentos y procedimientos, para impedir los déficit del bien común (consumidores, contribuyentes, minorías de las minorías, acciones colectivas), la discusión interdisciplinaria del bien común tiene que prepararse para los enormes desafíos de tipo ideal y material (por ejemplo, en materia de “desarrollo sustentable”). La concepción abierta del bien común surge y cae con la Constitución del pluralismo y con la fertilidad del diálogo entre las disciplinas particulares.

## 2. *Tareas del Estado*

En lo que sigue se esbozará una teoría constitucional de las tareas del Estado.<sup>420</sup> Dicha teoría se intersecta en parte con la cuestión del bien

420 Sobre lo que sigue, antecedentes ya en Häberle, P., “Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre”, *AöR*, vol. 111, 1986, pp. 595 y ss.; también Isensee, J., “Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat”, *HdBStR*, vol. III, 1988, pp. 3 y ss.; Hebeisen, M. W., *Staatszwecke, Staatsziele, Staatsaufgaben*, 1996. El concepto de “public interest” se encuentra crecientemente en Europa oriental; por ejemplo, artículo 20, inciso 2, frase 1, de la Constitución eslovaca de 1992; artículo

común, aun cuando los textos constitucionales recientes hablan hoy menos frecuentemente de “bien común”. Mientras que las “tareas del Estado” (*Staatsaufgaben*)<sup>421</sup> tienen un referente estatal directo, el bien común tiene un alcance más amplio, por ejemplo, que incluye a los ciudadanos y los grupos.

A) Una doctrina de las tareas del Estado constitucional debería adoptar de entrada un punto de vista interdisciplinario: la filosofía, la ciencia política, la economía política, la sociología e incluso la teología, están llamadas a manifestar sus contribuciones (limitadas y que deben ser limitadas) que desde hace tiempo hacen en materia de “tareas del Estado”. La teoría constitucional tiene que integrarlas, del mismo modo que en otras ocasiones actúa como foro para las ciencias particulares. Así, hay que mezclar lo mismo los textos clásicos de la teoría del Estado que los de la economía política,<sup>422</sup> o la doctrina social católica, la antigua tradición de la doctrina de los fines del Estado,<sup>423</sup> la historia y el presente de las discusiones sobre el bien común, lo mismo que su perversión; así, el régimen nazi<sup>424</sup> (forma ejemplar de Estado totalitario) puede servir igualmente como material de enseñanza, a partir de lo negativo, para el tipo del “Estado constitucional”.

B) Las “tareas del Estado” tienen que ser concebidas, de entrada, a partir del tipo del Estado constitucional, es decir, sobre todo a partir de la comunidad política constituida por la Constitución. Este tipo debe ser desentrañado en la comparación histórica y contemporánea de textos constitucionales, también en su cambio. Esto significa concretamente un “adiós” a todos los “préstamos” abiertos o encubiertos al Estado por la “teoría general del Estado”. Sobre todo, no hay que adoptar el con-

59, inciso 3, de la Constitución de Polonia (1997), la cual utiliza de manera destacada la idea del bien común en su preámbulo (“*common good of Poland*”).

421 Aunque el término “*Staatsaufgaben*” podría traducirse como “funciones del Estado”, hemos preferido el concepto de “tarea” que, si bien resulta menos usual en el contexto de la teoría constitucional, permite distinguir la actuación concreta del Estado frente al desempeño de funciones genéricas como la legislación, la administración, el gobierno y la jurisdicción, denominadas explícitamente como “funciones del Estado” por el autor (véase *supra* VI, 2.) (N. del T.).

422 Atinadamente al respecto: Starbatty, J., *Die englischen Klassiker der Nationalökonomie*, 1985.

423 Al respecto Hesse, K., *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, 1964.

424 Al respecto Stolleis, M., *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974.

cepto de las “tareas” “natas”, “nucleares” o “primarias”, así como tampoco el del “Estado industrial de regulación intensiva” (R. Zippelius). Es de rechazarse este último concepto porque encubre la diferencia fundamental entre el tipo del Estado totalitario y el Estado constitucional. Tampoco debe hablarse de tareas “natas” o “primarias”, porque de este modo se desvalorizan indebidamente las nuevas tareas del Estado constitucional que lo legitiman en su actual etapa evolutiva y textual (tal como se manifiesta en las cláusulas sobre el Estado de cultura o social, así como en los artículos sobre el medio ambiente). Las tareas “clásicas” del Estado son también resultado de una evolución histórica; incluso las más recientes, en la fase evolutiva más próxima, han “nacido” y pueden modificarse en su desarrollo futuro. Cuando se introducen estas distinciones se manejan (inconscientemente) categorías de la teoría general del Estado surgida del “Estado” (absoluto). Sobre todo, en última instancia no se toma en serio la idea de que el Estado constitucional es constituido en todo por la Constitución, también en sus tareas. El Estado constitucional se distingue tanto del “Estado absoluto” como del totalitario en la concepción de las tareas estatales. De hecho, hay que trabajar primariamente en “el taller de la Constitución y no en el del Estado” (K. Stern), y contra él hay que llevar a término este enfoque en la “división” de las tareas del Estado. Las funciones clásicas del Estado se legitiman también por la Constitución y no por el “Estado”. El Estado constitucional no se divide en un “nacimiento” o “naturaleza” estatal (o en tareas “natas” del Estado) y en historia o cultura jurídico-constitucionales (“tareas condicionadas a la situación”). En su concepción actual es un “resultado intermedio” o una etapa evolutiva, que reclama respeto, de los procesos culturales. En particular hay que desentrañar, mediante el pensamiento de las necesidades, cuáles tareas del Estado son “necesarias” y también “posibles”. Al hacerlo hay que argumentar tanto a partir del tipo del Estado constitucional como de los ejemplos nacionales particulares.

C) Los contenidos, las divisiones y los límites de las tareas del Estado constitucional se desentrañan, por un lado, a través de la comparación de las etapas textuales de Constituciones antiguas y recientes. Por el otro lado, son necesarios los inventarios empíricos de lo que realmente se realiza. Por lo que toca a la comparación de textos constitucionales, aquí se presentan procesos de desarrollo notables. Las Constituciones

recientes en Suiza, Portugal (1976-1992)<sup>425</sup> y España (1978), se inclinan a normar expresamente una multiplicidad de “objetivos”, “fines”, etcétera, del Estado; se desconfía evidentemente de los “plenos poderes” o “poderes en blanco” (post)absolutistas en el sentido de H. Krüger. Dicho en otras palabras: se muestran procesos intensivos de crecimiento en materia de tareas del Estado; y puesto que éstas están fijadas o desarrolladas en los textos constitucionales, se trata al mismo tiempo de un proceso de normativización o constitucionalización del tema de las tareas de Estado.

D) Los catálogos de tareas del Estado se extienden tanto en lo textual como en lo científico hacia los apartados sobre derechos fundamentales,<sup>426</sup> pero también a la inversa. En otros términos: ya no se puede sostener el terco dualismo entre tareas del Estado, por un lado, y derechos fundamentales, por el otro. Así, en los catálogos de tareas del Estado se encuentran en ocasiones temas típicos de los derechos fundamentales (por ejemplo, artículo 2o., inciso 2, del proyecto constitucional suizo de 1977: “El Estado protege los derechos y libertades del ser humano y crea las bases necesarias para su realización”); así, hay “teorías generales de los derechos fundamentales” que no solamente los entienden como “límite” (lo que no dejan de ser), sino también como tareas,<sup>427</sup> es decir, las tareas del Estado y los derechos fundamentales se han “aproximado” también en el más antiguo tipo de Estado (“solamente liberal”).<sup>428</sup>

425 Cfr. el artículo 9o. de la Constitución de Portugal: “Son misiones fundamentales del Estado: 1. Garantizar la independencia nacional y crear las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales que la promuevan; 2. Garantizar los derechos y libertades fundamentales...; 3. Defender la democracia política...; 4. Promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales... 5. Proteger y valorizar el patrimonio cultural del pueblo portugués, defender la naturaleza y el medio ambiente, preservar los recursos naturales...”. Otro catálogo de tareas en el artículo 5o. de la Constitución de Guinea Ecuatorial.

426 Por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución de los Países Bajos de 1983, inciso 1: “La creación de suficientes plazas de trabajo es objeto de cuidado por las autoridades...”. Inciso 3 del mismo artículo: “Se reconoce el derecho de todos los ciudadanos de los Países Bajos a la libre elección del trabajo...”.

427 Sobre las “funciones de los derechos fundamentales” así entendidas véase mi ponencia presentada en Ratisbona *VVDStRL*, vol. 30, 1972, pp. 43 (103 y ss.).

428 Especialmente visible es la vinculación en la Constitución de Suecia (1974-76): “Principios básicos”, 2: “El poder público se ejercerá con respeto al igual valor de todos y a favor de la libertad y la dignidad del individuo. El bienestar personal, económico y cultural del individuo será objetivo fundamental de la actuación pública; corresponderá a la administración pública asegurar el derecho al trabajo, la vivienda y la educación, y promover la previsión y la seguridad sociales, así como un sano ambiente para vivir.”

Desde el punto de vista dogmático se requiere tanto un “pensamiento de los límites” como de las “tareas”. Antes y ahora, los derechos fundamentales norman los límites del Estado constitucional, así como sus “tareas”, pero describen también de manera positiva tareas que le corresponden (“pensamiento competencial orientado a los derechos fundamentales”).

E) Las clasificaciones de las tareas del Estado constitucional son recomendables por el lado temático: por ejemplo, la seguridad interior y exterior,<sup>429</sup> la “economía”,<sup>430</sup> la “cultura”,<sup>431</sup> la “naturaleza” y el “medio ambiente”,<sup>432</sup> la “salud” y el “deporte”.<sup>433</sup> Puesto que muchos de estos temas afectan ámbitos de los derechos fundamentales, se dan algunas intersecciones (por ejemplo, el mandato cultural del Estado y las libertades culturales de los ciudadanos y grupos).<sup>434</sup> Los conflictos de objetivos son palmarios: por ejemplo, entre economía y ecología.<sup>435</sup>

F) Hay que hacer una distinción entre tareas del Estado, tareas públicas y tareas privadas, en correspondencia con la “triada de ámbitos republicanos”. Las tareas del Estado son cumplidas, con fundamento en una autorización constitucional, por el Estado; las “tareas públicas”, por grupos, instituciones o individuos que no forman parte del Estado (por ejemplo, por la prensa, por las partes en las negociaciones colectivas laborales,

429 Por ejemplo: artículo 2o. de la Constitución federal suiza: “La Confederación tiene por objeto asegurar la independencia de la Patria frente al extranjero, mantener la tranquilidad y el orden en el interior, proteger la libertad y los derechos de los confederados y acrecer su prosperidad común”.

430 Por ejemplo, el artículo 40, inciso 1, de la Constitución española.

431 Por ejemplo, el artículo 44, inciso 1, de la Constitución española: “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”, o el artículo 7o., inciso 1, de la Constitución de Schleswig-Holstein (1949): “El *Land* promueve y protege el arte y la ciencia, la investigación y la docencia”.

432 Por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución de Grecia. *Cfr.* también el octavo apartado de la Constitución de Brandeburgo de 1992: “Naturaleza y medio ambiente” (así como el apartado cuarto de la Constitución de Turingia de 1993).

433 Por ejemplo, el artículo 22, inciso 1, de la Constitución de los Países Bajos; el artículo 43 de la Constitución española; el artículo 68 de la Constitución de Polonia (1997). Artículo 30, inciso 3, de la Constitución de Turingia (1993): “El deporte goza de protección y promoción por el *Land* y sus corporaciones territoriales”.

434 Por ejemplo, artículos 73 y 79 de la Constitución de Portugal.

435 Una máxima de armonización se encuentra en el 112 de la Constitución cantonal de Basilea-Comarca (1984): en su inciso 1: “El cantón y los municipios tienden hacia una relación, equilibrada en el largo plazo, entre las fuerzas de la naturaleza y su renovabilidad, por un lado, así como su utilización por el ser humano, por la otra”.

por las iglesias).<sup>436</sup> En qué medida pueden “estatizarse” las tareas públicas o incluso las privadas, es algo que decide la Constitución (limitándolas, por ejemplo, vía los derechos fundamentales), en el marco de su proceso político (por ejemplo, artículo 14, inciso 3, LF). Una teoría del Estado constitucional tendría que aclarar cuestiones particulares sobre lo privado.

G) En la democracia pluralista, la Constitución adopta enunciados materiales y procesales sobre las tareas del Estado: jurídico-materiales, en tanto menciona tareas sustantivas (de manera general, como en la cláusula del Estado social, o de modo especial).<sup>437</sup> Numerosas tareas del Estado son tales, o se convierten en tales, primero vía un procedimiento (es decir, en el proceso político), porque el bien común pluralista se encuentra abierto. Aquí domina el indispensable margen de acción para una medida mayor o menor de “Estado” o de “lo privado”, de “Estado” o de “más mercado”, o de estatización o privatización (los ejemplos más recientes en Inglaterra y Francia, también en su “ir y venir”, se mantienen dentro de una doctrina de las tareas del Estado constitucional; la actual euforia privatizadora en Alemania podría haber llegado a los límites del Estado social y de cultura). Frente a un posible “exceso” de tareas estatales, debe recordarse la función de límite de los derechos fundamentales; frente a una “carencia”, su valor como fundamento competencial (“libertad a través del Estado constitucional”). La máxima orientadora es el principio de subsidiariedad (históricamente mudable). En el marco de la Constitución se puede hablar de una apertura de las tareas estatales; los límites los trazan, además de los derechos fundamentales, los conceptos generales o particulares, más o menos “determinados”, que se emplean en la Constitución.

H) En la comparación histórica y contemporánea hay que examinar los procesos de expansión, intensivización y diferenciación, que crecientemente caracterizan a las tareas estatales del tipo del “Estado consti-

<sup>436</sup> También aquí son productivos los textos constitucionales recientes, por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución de Grecia, inciso 2, *in fine*: “La radio y la televisión... procurarán... salvaguardar en sus emisiones, en todo caso, el nivel de calidad que resulte necesario respecto de su función social y el desarrollo cultural del país”. Artículo 46, inciso 1, de la Constitución de Berna (1993): “El cantón fomenta la independencia y la pluralidad de las informaciones”.

<sup>437</sup> Por ejemplo, artículo 90., primer párrafo, de la Constitución de Italia: “La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica”. Artículo 108, inciso 1, de la Constitución de Sajonia (1992): “Se promoverá la educación de los adultos”. Similar el artículo 29 de la Constitución de Turingia de 1993.

tucional”.<sup>438</sup> Sobre todo hay que examinar bajo cuál ropaje textual pueden ser normadas tales tareas en el Estado constitucional. Aquí se revela una amplia variación, que va desde las normas expresas sobre tales funciones, pasando por las “simples” competencias,<sup>439</sup> hasta los derechos fundamentales.<sup>440</sup> Especialmente en éstos se esconden actualmente, apoyados por la doctrina y la jurisprudencia, “tareas estatales”: recuérdese la concepción de las “*tareas de los derechos fundamentales*”. Los derechos fundamentales y las tareas estatales se encuentran en una relación ambivalente. Por un lado, en los derechos fundamentales pueden estar “escondidos” mandatos constitucionales para el cumplimiento de tareas estatales activadas por el término del “aspecto prestacional” de los derechos fundamentales; por otro lado, hay que recordar una y otra vez la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de las tareas del Estado. En la medida en que la dogmática de los derechos fundamentales complementa la dimensión clásica de no interferencia del Estado a través del aspecto jurídico-objetivo, prestacional, protector y procesal, se intensifican y se diferencian las funciones del Estado. El creador del texto constitucional sigue esto. Este es un motivo para la “multiplicación” de las tareas del Estado incluidas en textos constitucionales.

I) Hay que desarrollar, respecto al Estado constitucional, una doctrina que describa en qué procesos se desarrollan las tareas estatales como tales en la “Constitución del pluralismo”. La “concepción procesal, pluralista, del bien común” representa una oferta teórica. La teoría constitucional puede, sin duda, mencionar criterios sustantivos generalizadores y, sobre todo, procedimientos diferenciados, en los cuales las tareas del bien común sean esbozadas en forma de tareas estatales y sean cumplidas en lo particular. En este sentido, siguen siendo notables las nuevas cláusulas sobre “*state policy*” en Sudáfrica.

J) Una doctrina de las tareas del Estado constitucional que se oriente por el tipo del “Estado consitucional”, sobre todo en el modo en que éste se hace tangible en el espejo de sus textos, debería esbozar también

438 Al respecto, con material comparativo sobre Suiza: Häberle, P., “Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene”, *JöR*, vol. 34, 1985, pp. 303 (31 y ss., 370 y ss.).

439 Por ejemplo, el artículo 10 de la Constitución federal de Austria (1920): “Son materias federales...”.

440 Por ejemplo, el artículo 60., inciso 5, de la LF.

directivas para la política constitucional, así como lo intenta la teoría constitucional para otros temas.

K) En suma: el tema de las “tareas del Estado” no puede ser olvidado ni por la teoría de la Constitución ni por los creadores de textos constitucionales. Es tan “importante” que asume el rango de derecho constitucional material y, por tanto, una configuración normativa variable en el texto constitucional (con nuevos temas como salud, medio ambiente, política de medios de comunicación, protección del consumidor, etcétera).<sup>441</sup> Hay numerosas variantes de regulación; no es poco lo que habla en favor de poner sus “fundamentos” en el preámbulo o en los artículos iniciales (así en la Constitución de Sajonia-Anhalt de 1992 o el preámbulo de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania de 1993: entre otros, protección de los “débiles”).

Sin embargo, textualmente hay que dejar la “primacía” a los derechos fundamentales, también en lo externo, pues primero hay que “sentar” la “premisa” constitucional de la dignidad humana. Mucho es lo que habla en favor de un apartado propio sobre las “tareas del Estado” después de un apartado “clásico” sobre los derechos fundamentales. También puede pensarse en enriquecer deliberadamente los derechos fundamentales con tareas estatales, con lo cual podría renunciarse a un apartado propio de tareas estatales. En suma, hay que prevenir contra un “ramillete” excesivo de tareas estatales detalladas en la Constitución. La teoría constitucional no puede ser demasiado concreta en esas máximas político-constitucionales, porque no debe obstaculizar en exceso la innovación por parte del proceso político. Es precisamente un distintivo de la apertura de la Constitución recomendar “esto pero también lo otro”: por un lado, textos “inductores”, pero por el otro, límites en el tema “tareas estatales”, reserva en lugar de “furia reglamentadora y

441 En Constituciones recientes se convierte la protección del consumidor en tema de muchas maneras: Constitución española (1978), en el capítulo “De los principios rectores de la política social y económica”, artículo 51: 1. “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. 2. “Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”. 3. “En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”. Constitución del Cantón del Jura (1977): “III. *Les Tâches de L'état...* 10. *La protection des consommateurs*”. Artículo 52: “*L'État considère les intérêts des consommateurs*”.

normadora”. Las citadas Constituciones recientes ofrecen mucho material de prueba sobre las soluciones logradas, pero también alguna exageración y motivo para la crítica. Aquí no hacen sino reflejar la urgencia de una doctrina más desarrollada de las tareas estatales. La elaboración de la referencia de las tareas estatales a los derechos fundamentales, pero también la referencia de éstos a aquéllas, sigue siendo un desiderato de la investigación. Ambos aspectos logran un pedazo esencial de legitimación del Estado constitucional tanto del tipo como de su configuración concreta.

Las tareas del Estado son elemento indispensable de la “imagen del Estado” (más precisamente: de la imagen del Estado constitucional) de una comunidad política.<sup>442</sup> Esta “imagen” se basa en la “imagen del hombre” del Estado constitucional como tipo. Las tareas del Estado deben verse aquí, tanto en la Constitución como en su conjunto, en procesos de evolución cultural, y en las correspondientes “etapas textuales” (incluso hacia un futuro abierto). La riqueza de formas, procedimientos y contenidos es grande, porque el tipo del “Estado constitucional” ofrece bastante margen de configuración, pero norma también límites, los cuales deben buscarse, en última instancia, en la dignidad, libertad e igualdad de los ciudadanos. En este sentido, todo pensamiento y acción sobre las tareas estatales reconducen a la premisa antropológico-cultural del Estado constitucional; hacia la dignidad humana. Las cláusulas de *state policy* que en tiempos recientes se han vuelto más frecuentes y arbitrarias no deberían ser recibidas por la imagen constitucional de los Estados constitucionales europeos.

## X. TRABAJO Y PROPIEDAD, ECONOMÍA SOCIAL Y ECOLÓGICA DE MERCADO

### 1. *Elementos de una “teoría constitucional del trabajo”*

La comparación jurídica histórica y contemporánea, bastante más allá del “derecho al trabajo”, conduce, en el Estado constitucional, a las siguientes palabras clave:

<sup>442</sup> Sobre las cuestiones de la “imagen del Estado”: Häberle, P., *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs 2 GG*, 3a. ed., 1983, pp. 363 y ss. El artículo 3o. de la Constitución de Ucrania vincula imagen del Estado y del ser humano.

A) Trabajo y propiedad se encuentran en una relación interna y externa, material y funcional, a pesar del antagonismo con el que frecuentemente se presentan en la historia constitucional y social. Culturalmente pertenecen ambos a un gran contexto, en parte en rivalidad, en parte en competencia, en parte en complementariedad. La historia de la cultura varía constantemente esta relación. Visto en conjunto con el derecho ordinario, el derecho constitucional refleja aspectos importantes de esta relación.

B) En un Estado constitucional como la República Federal de Alemania, esta relación se intensifica. La propiedad y el trabajo “en el sentido de la Constitución” se constituyen mutuamente. Las contraposiciones y “relaciones de competencia” entre propiedad y trabajo se reducen. Textualmente ambos van creciendo. Las vinculaciones se hacen visibles, por un lado, bajo la figura de la “nueva” propiedad o la “cuasi-propiedad”, por el otro lado, por la protección constitucional especial a la propiedad “producto del trabajo”. Las obligaciones sociales de la propiedad se intensifican en interés de los trabajadores, al mismo tiempo que se llega a formas de “más propiedad para todos” a partir del trabajo. Las Constituciones en el Estado constitucional expresan crecientemente esta relación entre trabajo y propiedad al regular a ambos en el mismo apartado; a veces, el artículo sobre la propiedad en el catálogo clásico de derechos fundamentales “emigra” hacia el derecho constitucional del trabajo. En otras ocasiones, la materia del trabajo figura, de manera incluso “apreciada”, antes de la propiedad. El “derecho constitucional del trabajo” “crece”, sin volverse “omnipresente”, y sin poder hacerlo, como en las Constituciones socialistas, pues ello rompería con la “Constitución del pluralismo”.

C) No sólo la propiedad, sino que también, y precisamente, al “trabajo” hay que ponerlo en conexión con las “disposiciones sobre la esencia humana”. Ambos, propiedad y trabajo, pertenecen a la “*conditio humana*”, a la libertad personal y a la dignidad de los derechos humanos (libertad de trabajar como “desarrollo de la personalidad”), por lo que hay que buscar una “posible unidad” de ambos como derecho humano. El enfoque antropológico-cultural debe verse cumplido hoy, en última instancia, en el plano de una teoría de la Constitución desarrollada como ciencia cultural (pero distinta, en tanto tipo ideal y tipo real, de las Constituciones socialistas y las islámicas fundamentalistas). La “re-

construcción” de la agitada “historia constitucional del trabajo y la propiedad” sólo a través de las ciencias sociales sería demasiado estrecha, pues así tendrían muy escaso peso las concepciones, ricas en consecuencias, de vocación religiosa y teológica; se “explicaría” de manera demasiado unidimensional la “concepción de vocación idealista-holística” que ha influido en “todos los estratos educados de la sociedad alemana” y que actúa hasta ahora.

D) Si en la actualidad el trabajo, junto con la propiedad, está situado así en el centro de la identidad del ser humano y el ciudadano y su libertad, ello tiene, en el Estado constitucional, consecuencias para varios ámbitos parciales del texto constitucional en conjunto. No hay que preguntar sólo de modo puntual por la normación de un derecho al trabajo, sino integralmente (y por lo tanto, igualmente variados tendrán que ser las técnicas y los contenidos de la normación): el trabajo, que de entrada ha de verse en el “con-texto” cultural con la dignidad humana, la libertad y la propiedad, tiene un sitio en el marco de los fines educativos y las tareas estatales, es decir, por un lado, desde el punto de vista competencial, y por el otro, en forma de un derecho fundamental al trabajo, de múltiples dimensiones, con “garantías conexas”, como la protección de la salud, las condiciones justas de trabajo, etcétera. La concepción de un derecho fundamental al trabajo de estructura compleja relativiza la dicotomía (supuestamente “clásica”) entre los derechos de libertad y los derechos fundamentales sociales, del mismo modo como el “trabajo” y la “protección del trabajo” penetran en las dimensiones de los derechos fundamentales. Esta concepción del derecho fundamental como “etapas” o “estadios” sobre una escala completa de contenidos y técnicas normativas permite, en última instancia, también un panorama diferenciado de la materia del trabajo junto con otros “temas” de las Constituciones del Estado constitucional (en especial, con la dignidad humana, la libertad y la propiedad), así como del trabajador como ser humano, con los “derechos fundamentales paralelos” suyos y de sus congéneres (por ejemplo, los del propietario). Esta “conexión” se produce y debe reproducirse constantemente, en primera y última instancia, en el *contrato social* dirigido hacia la propiedad y el trabajo. Así se cumple, desde el punto de vista de la ética social, con la muy invocada “solidaridad”, tanto de manera “práctica” como “teórica”.

E) No obstante la altura a la que se sitúa, en la teoría constitucional, a la materia trabajo y a la persona, y a pesar de la alta jerarquía en que están desarrollados actualmente los aspectos del derecho constitucional del trabajo, distribuidos en los diversos pasajes del texto constitucional (desde los preámbulos, pasando por los fines educativos, que contienen el “*ethos* de la sociedad del trabajo”, hasta los catálogos de derechos fundamentales, las normas sobre tareas estatales y los apartados sobre la economía y la cultura —esto tratándose de la propiedad y el trabajo “*intelectuales*”—), la prestación relativa a la propiedad y el trabajo en la cotidianidad del Estado constitucional es aportada sobre todo por el derecho ordinario y sus intérpretes: las “concretizaciones del derecho al trabajo” se encuentran de manera muy diversa en el derecho del trabajo, pero también en otros ámbitos del derecho ordinario, como en el derecho social, el derecho fiscal, etcétera. Aquí participan todos en la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Se requiere un diálogo cultural de las diversas ciencias particulares sobre la materia “trabajo” y la persona del ser humano trabajador, también para reconocer lo que significa el desempleo.

Si este diálogo cultural conduce a encontrar una salida a la magnificación teórica, incluso la absolutización del trabajo, iniciada en el siglo XVII, que ahora encuentra sus límites en una “crisis de la sociedad del trabajo”,<sup>443</sup> es una cuestión que queda abierta aquí. Sin duda tiene que crecer la conciencia de que hay actividades “de altura” y “razonables” más allá del trabajo pagado (por ejemplo, los cargos honoríficos). El Estado constitucional occidental se encuentra aquí frente a desafíos apenas conocidos, pero también ante oportunidades. Un cambio culturalmente condicionado del concepto de trabajo podría volverse justamente agudo en este momento en que la teoría constitucional culturalista ha identificado al trabajo como uno de sus problemas.

F) El trabajo es un aspecto de la actualización culturalista del contrato social y constitucional. Sobre la triada de “libertad, propiedad y trabajo” se puede decir lo siguiente:

El “trabajo” asume actualmente una jerarquía tan alta, tanto en la perspectiva del ciudadano (especialmente el joven) como en la comunidad de los libres e iguales, que resulta necesario darle un sitio igualmente fundamental en la reconstrucción teórica del Estado constitucional. Esto

443 Al respecto, Arendt, H., *Vita activa*, 1960, especialmente pp. 11 y s.

puede ocurrir ampliando la famosa fórmula de “libertad y propiedad” mediante la dimensión del trabajo. Solamente así se toma en serio la idea filosófica de que el “trabajo es una condición existencial fundamental de la práctica del ser humano en sociedad”, de que el “trabajo humano inalienablemente individual” es, al mismo tiempo, un factor de constitución de la sociedad. La concepción procesal de la Constitución como una convivencia y tolerancia constantes de todos pone en evidencia la continuación del modelo contractual clásico: protección de la libertad, la propiedad y el trabajo, como “norma fundamental y tarea”, como consenso básico que tiene que reactualizarse constantemente, de la sociedad abierta del Estado constitucional, el cual requiere una fundamentación cultural a través de los contenidos que vaya más allá de los simples procedimientos. “Libertad, propiedad y trabajo” son, hoy día, tales contenidos legitimadores que están ligados de la manera más estrecha. Esto lo muestran fórmulas del tipo “propiedad y trabajo como libertad condensada”, “propiedad a través del trabajo”, “la propiedad es libertad” (G. Dürrig), la frase de N. Blüm que parafrasea a K. Marx “el ser humano a través del trabajo”, a la frase de A. Baruzzi “derecho humano al trabajo como realización de la libertad”,<sup>444</sup> así como a la sociedad entre patrones y trabajadores en el sentido de la doctrina social católica. El trabajador se convierte en con-ciudadano, así como en un sentido más profundo es co-propietario.

Tales modelos —en última instancia culturales— no pueden ser impuestos jurídicamente de manera repentina por el orden jurídico, ni siquiera por el orden constitucional “positivo”, sino que, sobre todo, deben ser vividos a largo plazo y ser ganados duramente cada día, incluso en la perspectiva de las generaciones. El pacto de solidaridad social-ético que “armoniza” de nueva manera la “libertad, la propiedad y el trabajo” en la forma apuntada, y que constituye al “trabajo como cultura”, puede ser modelo intelectual y marco de orientación científica: no más, pero tampoco menos.

No sólo la propiedad (como en el siglo XIX, pero también en el XX), sino que también el trabajo convierte (hoy) al ciudadano en ciudadano activo. Así como el siglo XIX tenía que solucionar, y trató de hacerlo, el problema de la autorrealización del ser humano a través de la propiedad, lo mismo debe ocurrir en el siglo XX con el trabajo, ya que en

444 Baruzzi, A., *Recht auf Arbeit und Beruf?*, 1983.

el eje del tiempo es el equivalente social de la propiedad. Una teoría constitucional científicamente probada y políticamente creíble no es posible hoy día sin la apuntada integración del “trabajo”. No existe ya ningún concepto de dignidad humana ni teorías de los derechos fundamentales, concebidos en conjunto, así como tampoco ninguna doctrina de la democracia, de los fines estatales y el bien común, incluso ninguna teoría de la propiedad, sin el “*trabajo como problema constitucional*”. Tomar en serio, en la teoría constitucional, al trabajador como con-ciudadano y como “co-propietario” será tanto más posible en la medida en que el derecho del trabajo (sobre todo gracias a la jurisprudencia y la doctrina laborales), en apariencia desde abajo, pero ya en el fondo, haya elaborado el tema del “trabajo” como “derecho constitucional en devenir”, en forma adecuada a un Estado social y cultural de derecho. De este modo, las Constituciones del Estado constitucional aseguran un pedazo de su futuro propio, lo que ocurrirá también gracias a una “alianza” entre la ciencia laboralista y la ciencia constitucionalista. Y solamente de este modo puede ser y continuar siendo la Constitución del pluralismo una medida del ser humano: del ser humano como ciudadano y trabajador.

Pero con ello también queda en evidencia lo que significa el desempleo masivo en el Estado constitucional de hoy, pues lo afecta en su núcleo y le resta credibilidad cuando no es capaz de disminuirlo. Se trata de un cuestionamiento del descrito contrato social, similar a una emigración masiva. Al mismo tiempo hay que recordar que el ser humano no es solamente el “factor trabajo”, un “factor de la economía” o una magnitud en el “lugar económico Alemania”, por indispensable que resulte incorporar ahora a la economía en el sistema de coordenadas de esta teoría de la Constitución.

## 2. *Economía social y ecológica de mercado*

A) La “economía social de mercado” (a la que ocasionalmente se le completa con el apelativo de “ecológica”; *cfr.* el artículo 38 de la Constitución de Turingia) se ha convertido, entre tanto, en un elemento central del Estado constitucional de la actual etapa evolutiva: de manera escrita o no escrita. Por ello ya es el momento para contar con una teoría constitucional que integre al “mercado” en el sistema de coordenadas del pensamiento básico de la filosofía del Estado y el derecho. En este sen-

tido, la discusión clásica sobre el contrato social y la imagen del ser humano se hacen tan relevantes como la interpretación del mercado desde la perspectiva culturalista.

El año de 1989 hizo sonar la “hora universal” del Estado constitucional: el fracaso casi global del marxismo-leninismo logró que muchos de los elementos estructurales de aquél, sobre todo los derechos humanos, la democracia, el Estado de derecho y también la economía (social) de mercado, entraran de manera positiva en la conciencia y lo legitimaran como gran meta de la reforma en Europa oriental. La exitosa historia de la “economía de mercado” ejerce también una fascinación que las diversas ciencias todavía no han analizado ni explicado, incluso ahora y precisamente en el año de 1997, en que en Europa del este se muestra de modo drástico cuán difícil resulta en la práctica la transición de la economía de comando a la economía social de mercado; en lo personal, lo institucional y lo jurídico, pero también en el aspecto psicológico-mental y “moral”.

El surgimiento de un gigantesco y único mercado mundial por encima de todas las fronteras estatales ofrece una razón más para cuestionar, muy de principio, al mercado, que a pesar de su popularidad es un ser bastante “desconocido” en la amplitud de varias disciplinas y en la profundidad de cada una de ellas. El desafío a la teoría constitucional es tanto mayor por cuanto en Occidente se extiende un nuevo economicismo o materialismo (mercantilización de casi todos los ámbitos de la vida), en que deben ser vinculados la ecología<sup>445</sup> y la economía, y que desde el punto de vista de la política constitucional, hay que decidir en todos los procesos constituyentes actuales (por ejemplo, en Europa oriental y anteriormente en Alemania del este) aquello que, en materia de mercado y economía de mercado, debe convertirse en textos constitucionales, y cómo debe hacerlo.

B) Mercado y economía de mercado constituyen hoy un problema constitucional central, “interno”. Los textos clásicos, desde A. Smith hasta Sir K. Popper, considerados aquí como textos constitucionales en sentido amplio,<sup>446</sup> y las etapas evolutivas de los textos constitucionales

<sup>445</sup> De la bibliografía alemana: Berg, W., “Über den Umweltstaat”, *FS Stern*, 1997, pp. 421 y ss.; M. Klopfer, “Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG”, *DVBl.* 1996, pp. 73 y ss.

<sup>446</sup> Al respecto Häberle, P., *Klassikertexte im Verfassungsleben* 1981.

escritos en sentido estricto (con ellos frecuentemente vinculados), ofrecen más que meros indicios del problema. Vistos globalmente, muestran que la vida económica es un pedazo de libertad constituida y responsabilidad de un sector de la libertad cultural, del bien común y la justicia, y demuestran que el Estado constitucional no abarca espacios “naturales”, sino que constituye ámbitos culturales. Dicho en otros términos: la sociedad pluralista se constituye y reconstituye de tal modo que crea ordenamientos marco e institutos jurídicos para la actividad económica, con el consenso ético-jurídico (que también es un pedazo de “ética económica” indirecta), que toma en serio sobre todo en el derecho ordinario, y que realiza el principio del Estado social (por ejemplo, en el derecho laboral y social), de tal manera que la economía de mercado se convierta en economía social de mercado como aspecto del bien común. Mercado y competencia significan mucho para la sociedad abierta, aunque no todo. El “*homo oeconomicus*” constituye sólo una verdad parcial. La apertura, frecuentemente invocada, del procedimiento de la formación de la voluntad democrática no puede ser falsificada por los procesos de poder económico, ya que la sociedad abierta no es un “juego de ganancia económica”. Las estructuras de la división de poderes, trasladadas del Estado a la economía (por ejemplo, leyes de competencia económica, leyes sobre fusiones en la prensa, o bien, topes en el ámbito de las fusiones de empresas televisoras privadas) son las que deben impedirlo. La política de competencia económica es, en este sentido, “política democrática”, al mismo tiempo que un servicio a la economía social de mercado.

Una teoría constitucional del mercado enfrenta todavía hoy nuevos desafíos, a pesar de lo mucho que se ha logrado: la ecología debe desarrollar hacia la economía una relación de “concordancia práctica”, del mismo modo que en ocasiones lo exigen programáticamente algunos objetivos del Estado (por último la Constitución de Turingia de octubre de 1993 en su artículo 38: “El ordenamiento de la vida económica debe corresponder a los principios de una economía social de mercado, comprometida con la ecología”). Y la democracia pluralista sobrevive únicamente cuando reconoce una disposición de responsabilidad hacia los Estados constitucionales “en devenir” de Europa del este y apoya los procesos de transformación que se llevan a cabo ahí. La teoría constitucional del mercado socialmente amortiguado y comprometido con la ecología debería convertirse en práctica constitucional vivida en todo el mundo.

El Estado constitucional común europeo-atlántico habría demostrado así una vez más que tiene a la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, que entiende a la democracia como su consecuencia y que colabora en el objetivo de la “riqueza de las naciones”, orientados por la justicia y el bien común, sin caer presas del “economicismo”. Éste queda ya excluido por la moral y la idealidad (relativas) que caracterizan a la convivencia republicana de los ciudadanos en un Estado constitucional y gracias a él. Dicho economicismo también despreciaría lo que los seres humanos en Europa oriental han intentado en las revoluciones, en su mayoría pacíficas, de 1989: quizá ya con “intención cosmopolita”, pero al menos con consecuencias cosmopolitas.

En todo esto hay siempre que tomar en cuenta que la propiedad privada es un puntal del “mercado” enmarcado en el Estado constitucional, tanto en la evolución histórica como en la actualidad.

## XI. FEDERALISMO Y REGIONALISMO COMO PLURALISMO TERRITORIAL Y DIVISIÓN CULTURAL DE PODERES

### 1. *Federalismo: el “Estado federal cultural”, la concepción culturalista del Estado federal —la teoría “mixta” del Estado federal*

#### A. *Fundamentación*

Además de algunos derechos fundamentales “culturales” en lo particular, al lado de los fines educativos y las garantías de ámbitos materiales y cláusulas de encargo cultural especiales, así como aparte del derecho constitucional cultural de los municipios, existe una estructura constitucional que frecuentemente es entendida como mero “principio de la organización estatal”, pero que hoy constituye un *principio material* esencial de la Constitución de la cultura: el *Estado federal (Bundesstaatlichkeit)*.

La teoría mixta del Estado federal solamente puede ser esbozada aquí respecto de la República Federal de Alemania, la ahora Alemania unificada, aunque en mi opinión, resulta relevante para los demás Estados federales del mundo. Sin embargo, la comprobación de esta tesis supone una elaboración amplia de los procesos y contenidos de las etapas textuales extranjeras, la cual no es posible aquí ni siquiera en su plantea-

miento.<sup>447</sup> No obstante, hasta el momento ha sido posible mostrar que el “taller” mundial en materia de Estado federal y los procesos de producción y recepción que en él se dan, desde los clásicos “*Federalist Papers*” hasta el “*cooperative federalism*”, no son sólo partes, sectores, piedras de mosaico de un todo: nunca se reciben, ni se integran en una unidad sin contradicciones, una teoría en su totalidad, un modelo, tan diversos y plurales son los procesos de intercambio y las naciones en lo individual. Las teorías “puras” tampoco constituyen aquí ni la realidad entera, ni la controlan; los modelos de explicación del federalismo desarrollados a partir de “una” idea no ofrecen ganancia en el conocimiento.

A partir de esta (supuesta) “necesidad”, hay que hacer una “virtud” de la carencia de una única teoría correcta del Estado federal, esto es, la *teoría mixta del Estado federal*, la que permite flexibilidad y crea apertura para el desarrollo, permite una integración pragmática de elementos teóricos y no corre peligro de violentar a la realidad en interés de una teoría ni impone pretensiones de verdad científica; por el contrario, integra la pluralidad de la lucha de muchos por lograr el “buen” Estado federal y quizá pueda invocar todavía el potencial argumentativo de la doctrina clásica de la “Constitución mixta”.<sup>448</sup> Si bien se puede criticar como “sincretismo” lo que aquí se propone como teoría “mixta” del Estado federal, este sincretismo, presunto o verdadero, no es, visto en términos positivos, sino una consecuencia de la “Constitución del pluralismo”. La “pluralidad del poder de dirección política” en el Estado federal de la que habla K. Stern solamente puede ser captada también por un modelo de pluralismo en términos de teoría de la ciencia: la teoría mixta del Estado federal lo puede ser. Finalmente, la teoría mixta del Estado federal aquí esbozada es suficientemente flexible para captar las transformaciones en el tiempo y el espacio: en el espacio, en la me-

447 En particular de modo comparativo: Starck, C. (ed.), *Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat*, 1988. Un acento propio sobre una base comparativa es el que propone Schindler, D., “Differenzierter Föderalismus”, *FS Häfelin*, 1989, pp. 371 y ss. Véase también Münch, P. L., “Die Entwicklung des australischen Föderalismus”, *Der Staat*, vol. 35, 1996, pp. 284 y ss.; Craven, G. (ed.), *Australian Federation*, 1992; Pernthaler, P., *Der differenzierte Bundesstaat*, 1992; Annaheim, J., *Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat*, 1992; Pernthaler, P. (ed.), *Bundesstaatsformen als Instrument der Verwaltungsreform und des europäischen Föderalismus*, 1997; Palermo, F., *Germania ed Austria: Modelli federale*, 1997.

448 Al respecto Stern, K., *Staatsrecht*, vol. I, 2a. ed., 1984, pp. 735 y ss.

dida en que los diversos Estados federales nacionales combinan de manera variable y completamente individual los elementos teóricos particulares; en el tiempo, en tanto la evolución constitucional y la historia de las etapas textuales de los diversos Estados constitucionales conocen fases en las que unas veces predomina en primer plano, y en otras se retrae, uno u otro elemento teórico. Apenas hay que señalar que la teoría “mixta” del Estado constitucional así esbozada se corresponde con la idea de la cultura abierta.

La estructura del Estado federal —de manera muy especial en la Alemania unificada— es parte integral del Estado constitucional. En el marco de una teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y la cultura, resulta evidente, por tanto, poner también el acento en lo cultural para efectos de la comprensión del Estado federal, a pesar de la importancia que pueda tener lo económico como sustrato y no obstante el derecho relativo que conservan otros modelos teóricos. Al respecto, resulta relevante tanto el concepto estricto (educación y formación, ciencia y arte, preservación de monumentos y medios de comunicación) como el concepto amplio de cultura (por ejemplo, arte popular y deporte).<sup>449</sup> Y precisamente el pragmatismo evidente en la evolución de cada Estado federal sugiere teóricamente el modelo mixto. El concepto de “federalismo de la cultura” es un término afortunado que refleja, respecto de Alemania, ya en su planteamiento y tanto en la historia como en la actualidad, la vinculación entre Estado federal y cultura. El “concepto abierto de cultura”, el “pluralismo de los sujetos de la cultura”<sup>450</sup> es la generalización jurídica de esta idea.

### *B. El principio federativo en la LF y los elementos determinantes del tipo del Estado federal*

En siete concisas frases clave se puede caracterizar, siguiendo a K. Stern,<sup>451</sup> la manifestación del principio federativo en la Ley Fundamental

<sup>449</sup> Al respecto Häberle, P., “Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht”, en *id.* (ed.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, pp. 1 (20) y ss.; véase también Steiner, U., “Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen”, *VVDStRL*, vol. 42, 1984, pp. 7 (8 y ss.); Grimm, D., *ibidem*, pp. 46 (60 y s.).

<sup>450</sup> Al respecto Häberle, P., “Kulturpolitik in der Stadt”, *op. cit.*, pp. 34 y s., 37; *id.*, *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980, pp. 14 y s. y *passim*.

<sup>451</sup> Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2a. ed., 1984, pp. 667 y ss.

alemana, siendo que esta serie de “normas constitucionales, principios e instituciones”, se puede reconducir “a una cierta pluralidad del poder de dirección política” (“*two centres of government*”):

a) El carácter estatal tanto de la Federación como de los *Länder*, que les confiere un “margen propio de configuración política” (*cfr.* BVerGE 1, 14 (34); 36, 342 (360 y s.)), en el que los espacios constitucionales de aquella y de éstos coexisten independientemente (BVerfGE 4, 158 (189); 36 (342 (360 y s.)).

b) La distribución de competencias entre la Federación y los *Länder* como “importante manifestación del principio federativo... y al mismo tiempo como elemento de una división funcional adicional de los poderes. Dicha manifestación distribuye el poder político y establece un marco jurídico-constitucional para su ejercicio” (BVerfGE 55, 274 (318 y s.)). De acuerdo con la Ley Fundamental alemana, les han quedado todavía a los *Länder*: la organización de su ámbito estatal, los organismos municipales, la policía y los cuerpos de seguridad, el ámbito cultural (sobre todo, las escuelas e instituciones de educación superior) y la esfera de la planeación de sus propias tareas.

c) Como “principio constitucional no escrito”, la conducta favorable a la organización federativa (*bundesfreundlich*) tanto de la Federación frente a las entidades federativas, como de éstas frente a aquella (BVerfGE 1, 299 (315); 8, 122 (138); 12, 205 (254); 31, 314 (354); 34, 9 (20); 43, 291 (348)), el cual debería aplicarse ahora específicamente, después de la reunificación, entre los *Länder* occidentales y la Federación respecto de los *Länder* orientales, apoyado en la garantía del “orden constitucional” por parte de la Federación conforme al artículo 28, inciso 3, de la LF (véase también la “obra comunitaria Auge del Este”, por último: BVerfGE 92, 203 (230 y s.)).

d) El principio de homogeneidad (*cfr.* el artículo 28, incisos 1 y 3, LF), entendido como “estándar medio” de coincidencia tanto de las entidades entre sí como de éstas y la Federación. Por lo demás, este principio es equilibrado por la pluralidad y permite en el fondo concebir al Estado federal como pieza de la división pluralista de los poderes (nótese que en la “cláusula de garantía estructural” en el nuevo texto del inciso 1 del artículo 23 de la LF se encuentra una especie de principio de homogeneidad europeo).

e) Las posibilidades de intervención de la Federación en los *Länder* (por ejemplo, como vigilancia o como coacción federales), las que cier-

tamente se ven compensadas por las intervenciones de los *Länder* sobre la Federación (*cf.* el Consejo Federal según el artículo 50 LF).

f) La primacía del derecho federal (conforme a la Constitución) sobre el derecho de un *Land* (artículo 31 LF).

g) La participación de los *Länder* en la formación de la voluntad de la Federación,<sup>452</sup> del Consejo Federal como “órgano constitucional federativo”.

Estos siete elementos son determinantes, en general, del tipo del Estado federal, aunque los ejemplos nacionales contienen numerosas variantes. Remitimos al efecto a ciertas posibilidades de analogía con su “hermano menor”, el regionalismo.

## 2. El regionalismo desde la perspectiva culturalista y comparativa

### A. El concepto constitucional de “región”: un conjunto abierto de diversas magnitudes mixtas —lineamientos textuales, la imagen de la “escala”

La estructura del regionalismo se encuentra en vía de convertirse en un elemento típico del Estado constitucional de la actual etapa de desarrollo textual. A pesar de la diversidad de formas de manifestación en los distintos países desde sus modestos inicios en la Gran Bretaña (ahora Escocia: 1997), pasando por ejemplos vitales en España hasta la “consumación” del regionalismo en el federalismo (en el sentido de una línea ascendente: Austria-Alemania-Suiza): toda doctrina moderna sobre el Estado constitucional debe plantearse de manera central el tema del “regionalismo”. De qué modo el regionalismo “crece desde adentro” en el tipo del Estado constitucional, al menos en Europa occidental y, esperamos, también en Europa oriental, se revela también en que se constituye frecuentemente de los elementos que, por su lado, ya son elementos integrantes del Estado constitucional: la idea de la libertad cultural, la autonomía administrativa (que se manifiesta sobre todo en los municipios), de la descentralización y la subsidiariedad, de la democracia (también en lo pequeño), de la división de poderes y el control del poder. Esto hay que profundizarlo en el marco de los fundamentos de la legitimación. Aquí deberá bastar la referencia de que el regionalismo es hoy

452 *Cfr.* Stern, *op. cit.*, pp. 726 y ss.

un elemento estructural “emergente” del Estado constitucional y que madura como máxima del derecho europeo. Aunque muchos Estados constitucionales no sean, entonces como ahora, Estados federales, o no deseen convertirse en tales: sin embargo, todos querrán trabajar más o menos, a mediano plazo, en el desarrollo de estructuras regionales constitucionales, y quizá tengan que hacerlo (como contrapeso a los vínculos supranacionales, a los grandes mercados, por razones de la protección de minorías étnicas, etcétera). Posiblemente ya nos encontremos en Europa en vías hacia estructuras regionales comunes europeas, aunque sean diversos los ejemplos nacionales, una vía en la que ya han avanzado los municipios; una expresión de ello es la Carta Europea de la Autonomía Municipal de 1985.

Este *derecho constitucional regional común europeo* sería entonces parte del “*ius commune constitutionale*”, del derecho constitucional común europeo, tal como se ha consagrado en la doctrina jurídica antigua y reciente, inspirada en el derecho civil, al mismo tiempo que en la actual escena europea.<sup>453</sup>

El tema “regionalismo” no debería ser fijado precipitadamente por definiciones y restricciones conceptuales. Si bien se trata de un elemento estructural emergente del tipo del Estado constitucional, actualmente se encuentra en una fase de desarrollo dinámico, con momentos y velocidades muy diversos. No obstante, debemos luchar por alcanzar un perfil del concepto de “región”. También el federalismo ofrece, a escala mundial, una gran riqueza de ejemplos en las variantes nacionales, y a pesar de ello tiene que ser definido (aunque sea de manera provisional). Debemos, pues, proceder de manera paralela respecto de los caracteres constitutivos del “regionalismo”. Los textos constitucionales y del derecho transnacional y europeo ofrecen importantes referencias, aun si a final de cuentas han de ser “leídos” en el sentido de una determinada teoría del regionalismo; esta teoría se aclara sobre todo en el contexto de la cuestión de la legitimación, a la luz de un enfoque culturalista y en el marco de la diversidad y la unidad de Europa.

El concepto de “región”, que se encuentra en vía de convertirse en un concepto del Estado constitucional, obtiene su perfil sobre todo a partir de ciertos conceptos guía que le pertenecen. Una analogía constitucional hacia los conceptos guía del artículo sobre la nueva división

453 Häberle, P., “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ* 1991, pp. 261 y ss.

territorial del artículo 29: “solidaridad de los coterráneos”, “vínculos históricos y culturales”, “oportunidad económica”, “exigencias del ordenamiento espacial y territorial”. De manera particular respecto de las regiones se encuentran conceptos orientadores y legitimadores paralelos, por ejemplo, en el artículo 143, inciso 1, de la Constitución española (1978) a través de las palabras “características históricas, culturales y económicas comunes”,<sup>454</sup> en el artículo 3o., incisos 2 y 3, se pueden reconocer las diversas lenguas —en cuanto “patrimonio cultural”— como elementos de diferenciación regional. El artículo 147, inciso 2, literal a, permite reconocer la “identidad histórica” como tal. En el artículo 225 de la Constitución de Portugal (1976-1997) se encuentran elementos materiales del regionalismo que pueden ser aprovechables para dar contorno al concepto de la “unidad constitucional regional del Estado constitucional”. Respecto de Madeira y las Azores se habla de “sus características geográficas, económicas, sociales y culturales”, y en términos generales, la autonomía de las regiones tiene por objetivo, de acuerdo con la Constitución, “la participación democrática de los ciudadanos, el desarrollo económico-social y la promoción y defensa de los intereses regionales, así como el refuerzo de la unidad nacional y de los lazos de solidaridad entre todos los portugueses” (¡ésta es la función de integración!). El artículo 115 de la Constitución de Italia contiene una definición más bien tecnocrática:<sup>455</sup> “Las Regiones se constituyen en entes autónomos con poderes y funciones propias, conforme a los principios establecidos en la Constitución”; ¡se trata de una etapa textual temprana del regionalismo! En contraposición, en las más recientes modificaciones constitucionales en Bélgica (artículos 3o. *bis* y *ter*) se reconoce como elemento del regionalismo lo lingüístico y lo coterráneo (cuatro territorios lingüísticos, tres comunidades) (ahora artículos 3o. a 5o. de la Constitución de 1994).

454 De la bibliografía sobre el regionalismo español véase Cruz Villalón, P., “Die Neugliederung des Spanischen Staates durch die ‘Autonomen Gemeinschaften’ ”, *JöR*, vol. 34, 1985, pp. 195 y ss.; Balaguer-Callejón, F., “Die autonome Gemeinschaft Andalusiens”, *JöR*, vol. 47, 1999, pp. 109 y ss.

455 De la bibliografía italiana sobre el regionalismo italiano: Paladin, L., *Diritto regionale*, 5a. ed., 1992; Onida, V., “Landesbericht Italien”, en Ossenuhl, F. (ed.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990, pp. 239 y ss.; Cassese, S. y Serrani, D., “Moderner Regionalismus in Italien”, *JöR*, vol. 27, 1978, pp. 23 y ss.; Martínez, T., *Diritto costituzionale*, 6a. ed., 1990, pp. 757 y ss.

Concebido a partir del tipo del Estado constitucional se plantean las siguientes “exigencias” a las estructuras regionales (también para efectos de distinguirlas de las meras estructuras de descentralización administrativa):

a) La estructura regional debe estar normada, en sus lineamientos, por el documento constitucional escrito y constituir una pieza de la Constitución en sentido material (Francia permanece a esto respecto claramente “subdesarrollada”).

b) Debe haber una distribución efectiva de competencias en el plano de la legislación, el gobierno, la administración y la jurisdicción (“espejo” de la división de poderes).

c) Puede haber “formas previas” rudimentarias de un Estado propio (como los nombres y las banderas en España, artículo 4o., inciso 2, de la Constitución española).

d) Debe estar esbozada en sus principios la estructura orgánica de las funciones regionales (por ejemplo, los parlamentos).

e) Son posibles “pequeñas” cláusulas de homogeneidad (*cf.* el artículo 152, inciso 1, de la Constitución española); sin embargo, debe hacerse visible el principio contrario de la pluralidad y la diversidad, lo “propio” de las regiones, con todas las formas posibles de cooperación (“regionalismo cooperativo”); también debe permanecer abierta la vía hacia un “derecho regional común”; la “lealtad regional”, en analogía a la “lealtad federal”, no debería ser una mera declaración. El regionalismo “diferenciado”, o “asimétrico”, como en España, encuentra sus límites en un mínimo de homogeneidad.

f) Los derechos de participación de las regiones en el plano del Estado conjunto deberían estar determinados en forma de una “segunda pequeña cámara (regional)” o bajo la figura de requisitos de aprobación calificados.

g) Los procedimientos de solución de conflictos entre los Estados centrales y las regiones, así como de éstas entre sí, deben estar previstos y ser protegidos por una instancia independiente.

h) Debe otorgarse a las regiones autonomía presupuestal y financiera (asegurada por contribuciones propias), complementada por formas de compensación financiera.

Esta “lista de temas del Estado constitucional” para las regiones no tiene que ser agotada acumulativamente, ya que las diversas naciones

pueden diferenciarse bastante; pero algunas partes deberían hacerse reales, pues sólo así se puede hablar de “regionalismo del Estado constitucional”; de otro modo el regionalismo se convertiría en un concepto indefinido e incoloro. Hay bastantes indicios de que Francia se mueve alrededor del límite inferior de estas exigencias,<sup>456</sup> mientras que España ha llegado al límite superior.

En el marco de una teoría constitucional del regionalismo naturalmente también habría que elaborar tipológicamente las dos categorías del regionalismo “transfronterizo” (por ejemplo, Arge Alp o Euregio Egrensis) y el regionalismo “intrafronterizo” (regionalismo dentro de las entidades de un Estado federal, como Franconia dentro de Baviera en Alemania).

Sin importar cuál modelo básico de “regionalismo constitucional” se presente en una nación en particular: a semejanza del federalismo, en el caso del regionalismo hay que preguntar por sus condiciones y presupuestos no jurídicos. El regionalismo del Estado y del derecho constitucional requiere un determinado ambiente “cultural”, exige datos previos sociales que lo “soporten”, lo mantengan vivo y lo desarrollen, como los aspectos de la diversidad socio-cultural, la pluralidad lingüística, étnica o histórica. El regionalismo puede florecer donde existen estas condiciones, pues de otro modo se quedaría en el papel del texto constitucional y en realidad habría vencido en última instancia el Estado unitario.

### B. *Las siete causas de legitimación (del federalismo y el regionalismo)*

La cuestión de la justificación interna y las causas de legitimación deben elaborar los fundamentos y las dimensiones de la región. En particular éstos pueden ser obtenidos de los principios del Estado constitucional de la actual etapa evolutiva, independientemente de que un país ya se haya decidido por el regionalismo o el federalismo. Debe distinguirse entre:

<sup>456</sup> Sobre Francia: Voss, D.-H., *Regionen und Regionalismus im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft*, 1989, pp. 365 y ss.; Héraud, G., “Die Regionalisierung Frankreichs”, en Esterbauer, F. y Perthaler, P. (ed.), *Europäischer Regionalismus am Wendepunkt*, 1991, pp. 79 y ss.

a) La legitimación a partir de la teoría de los derechos fundamentales (incluyendo la legitimación proveniente de las libertades culturales).

b) La legitimación derivada de la teoría de la democracia (incluyendo los aspectos étnicos).

c) La legitimación derivada de la división de poderes (argumento del control).

d) La legitimación económica y de política del desarrollo.

e) Las funciones de integración como argumento en favor del regionalismo.

f) La dimensión descentralizadora y distribuidora de funciones (el argumento de la subsidiariedad).

g) Particularmente en Europa, el argumento de política europea (palabra clave: “la cultura de Europa como diversidad y unidad”).

Resulta evidente que existen muchas analogías respecto de la legitimación del federalismo, lo que sería consecuente si éste es entendido como “consumación” del regionalismo. En la concepción aquí desarrollada ciertamente no se afirma que el federalismo sea siempre la forma “ideal” y, por así decirlo, el “estadio final” de cualquier regionalismo. Esto puede ocurrir en los diversos países, pero no tiene por qué serlo. Es bien posible que los diversos Estados constitucionales se decidan, de manera consciente, a favor “sólo” del regionalismo realmente vigente, aunque al hacerlo se aproximen considerablemente a las fronteras del modelo del federalismo.

## XII. MÁXIMAS DE JUSTICIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

### 1. *Planteamiento del problema*

Mientras que las cláusulas sobre el bien común y los artículos sobre las tareas del Estado saltan a la vista en el texto constitucional, y además son muy tratados en las teorías del Estado y en el resto de la doctrina, ocurre algo diferente con el topos de la “justicia”, el cual es examinado sobre todo en la filosofía del derecho,<sup>457</sup> pero no es verdaderamente tomado en cuenta y ni elaborado cuando aparece en los textos constitu-

<sup>457</sup> Cfr. Hollerbach, A., voz “Gerechtigkeit und Recht”, *Staatslexikon*, vol. 2, 7a. ed. 1986, cols. 898 y ss.

cionales positivos. Por ello queremos iniciar aquí con un análisis tipológico de etapas textuales, el cual se integre luego, de manera muy esquemática, en la teoría de la Constitución. Todo ello no puede ser sino un primer paso para conjuntar la filosofía del derecho y del Estado con la teoría constitucional, del mismo modo como hoy en día no es posible practicar la filosofía del derecho sin una filosofía de la Constitución, no porque las Constituciones sean la “última palabra de la sabiduría”, sino porque dichas Constituciones fijan, de acuerdo con el principio de “supremacía de la Constitución”, el marco para todas las ramas del derecho, sin que puedan desatender sus caracteres propios, razón por la cual, por ejemplo, el derecho privado posee “su” justicia específica.

## 2. Elementos de un inventario

Un primer paso se refiere a los principios escritos sobre la justicia en la Constitución o a la “justicia de la Constitución”. Un inventario sistemático de los textos resulta bastante fructífero. La “justicia” se encuentra:

- En los preámbulos (por ejemplo, la Constitución de Renania-Palatinado de 1947, de Baden-Württemberg, de 1953, de Guatemala de 1985, la anterior Constitución de Perú de 1979 —la “justicia como valor supremo”, “sociedad justa”—; la Constitución de Irlanda de 1937-1992, la Constitución del Cantón del Jura de 1977 “*justice sociale*”), la Constitución española de 1978: “orden económico y social justo”; la Constitución de Turquía de 1982, la Constitución de Filipinas de 1986: “*regime of truth, justice*”; la Constitución de Corea del Sur de 1987, la Constitución de Uganda de 1995: “*social justice and progress*”; la Constitución de Mali de 1992: “*respect de la justice*”; la Constitución de Rusia de 1993: “clara creencia en la bondad y la justicia”; la Constitución de Mongolia de 1992: “*justice and national unity*”; la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania de 1993, la Constitución de Turingia de 1993; la Constitución del Cantón de Appenzell A. Rh. de 1995: “contribuir a configurar un orden de vida justo”; la Constitución de Sudáfrica de 1996-1997: “*social justice*”; la Constitución de Estonia de 1992: “*liberty, justice and law*”; la Constitución de Polonia de 1997: “Dios como fuente de la verdad, la justicia, el bien y la belleza”);

- Como objetivo o deber del Estado (artículo 1o. de la Constitución de Portugal de 1976; artículo 1o. de la Constitución de Rumania de 1991; artículo 2o. de la Constitución de Guatemala; artículo 2o., inciso a) de la Constitución del Cantón de Uri: “orden justo para la convivencia pacífica de los hombres”);
- En el contexto de la “cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales” (artículo 10 de la Constitución de Estonia);
- Como “derecho a condiciones justas de trabajo” (artículo 23, inciso 3, número 1 de la Constitución de Bélgica de 1994);
- Junto a los derechos humanos como fundamento de la paz y la justicia en el mundo (artículo 1o., inciso 2, de la LF);
- En la indemnización por expropiación (artículo 14, inciso 3, frase 2, de la LF);
- En el contexto del orden económico y social (artículo 118, párrafo primero, de la Constitución de Guatemala; artículo 110 de la antigua Constitución de Perú; artículo 45 de la Constitución de Irlanda; artículo 42, inciso 2, de la Constitución de Brandemburgo de 1992);
- En cláusulas de juramento (por ejemplo, artículo 56 de la LF; artículo 46 de la Constitución de la República de Weimar; artículo 81 de la Constitución de Turquía de 1982);
- En el contexto del deber de tributar (artículo 31, inciso 1, de la Constitución española; artículo 77 de la anterior Constitución de Perú de 1979);
- En el contexto de los fines de la educación (artículo 56, inciso 4, de la Constitución de Hesse de 1946: “justicia”; artículo 22, de la Constitución de Turingia: justicia social como obligación del tercer poder; artículo 20, inciso 3, de la LF: “derecho”);
- Como máxima en las “relaciones entre los pueblos” (artículo 7o., inciso 2, de la Constitución de Portugal; de manera similar el preámbulo de la Constitución de Níger de 1992: “*volonté de coopérer... avec tous les peuples épris de paix, de justice et de liberté*”; análogamente el preámbulo de la Constitución de Burkina Faso (1997)).

El principio justicia se encuentra presente de manera directa en no pocos textos constitucionales.

### 3. *Análisis, primeras conclusiones teórico-constitucionales*

Llama la atención que el principio “justicia” se encuentra consagrado de manera especialmente frecuente en los preámbulos, en el contexto de otros valores fundamentales del Estado constitucional ahí señalados. En tal medida participa de todos los contenidos y funciones específicas de la forma del preámbulo. Ciertamente por ello permanece en un plano bastante general y abstracto. Sin embargo, además de lo anterior, la máxima de la justicia se encuentra en los contextos más diversos: desde los objetivos del Estado hasta los derechos fundamentales, pasando por el orden económico y social, así como por los fines educativos y las fórmulas de juramento, incluso como elemento de relación con otros pueblos. Se podría hablar entonces de la justicia como “elemento vagabundo” en la estructura del Estado constitucional. Sin duda, además del principio general de justicia, con el que se compromete de manera explícita o no escrita el Estado constitucional, existen máximas de justicia específicas para distintos ámbitos, por ejemplo, la “compensación de las cargas familiares” (“*Familienlastenausgleich*”) que se discute en el marco de la promoción de la familia conforme a la LF. Cuando no hay textos positivos sobre la justicia, los tribunales recurren a este topos de manera pretoriana. También en la jurisprudencia del TCFA está presente el principio “justicia” (*cf.* E 79, 106 (123); 80, 103 (108); 84, 90 (121); 86, 81 (87); 95, 96 (134 y s.)).

Desde el punto de vista de la política constitucional, hay que recomendar al constituyente incorporar al menos la justicia como valor fundamental en el preámbulo, ya sea de manera “apelativa”, programática, quizá también como fin educativo (el joven ciudadano debe poder aprenderla), así también en el derecho constitucional del trabajo y la economía, sobre todo porque el término de justicia “ecológica” podría tener por delante una carrera como tema. Por lo demás, el ideal de la justicia no debería ser “textualizado” con demasiada frecuencia, sino que basta una cláusula general de reserva en el preámbulo, ya que son precisamente los principios y procedimientos concretos los que el Estado constitucional ha desarrollado durante largos periodos para crear justicia. Piénsese en las garantías constitucionales del debido proceso (justicia procesal) o en la libertad contractual como pilar del ordenamiento jurídico privado,

en la libertad de coalición, pero también en los procedimientos parlamentarios.

Un *desideratum* sigue siendo combinar la doctrina clásica de la justicia de un Aristóteles (justicia conmutativa y distributiva) con la más reciente de un J. Rawls (“justicia como imparcialidad”), así como con el racionalismo crítico de un Popper, para incorporarla en la teoría constitucional. En este sentido, la *dignidad humana* es un *elemento de justicia material*, los derechos humanos lo son bajo la figura de la fórmula de Radbruch; el “derecho de audiencia” remite a la fórmula clásica del “*audiatur et altera pars*” como parte de la cultura jurídica europea, y por último, también la equidad hace su contribución a la justicia de la Constitución. El tipo del Estado constitucional es, en la actualidad, el foro en el cual se puede transitar el camino hacia la justicia. Pero puesto que él mismo requiere siempre de reforma, hay un pedazo de justicia incluso “previo” o “superior” a la Constitución, a pesar del grado de justicia “constitucionalmente inmanente” que pueda haber. La necesidad que tiene el ser humano de justicia, es decir, el lado antropológico-cultural de la necesidad de este principio (expresado en la frase de B. Bohley: “Queríamos justicia y recibimos el Estado de derecho”) lo caracteriza como ser cultural. Numerosos textos clásicos sobre la justicia hay que “leerlos conjuntamente” con esto, incluso cuando se trata de cuestiones especiales como la “justicia de transición” (presente, por ejemplo, en diversas disposiciones transitorias de las Constituciones) o de la “justicia del caso concreto”.

### XIII. PREÁMBULOS, REFERENCIAS A DIOS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA RELIGIÓN, ASÍ COMO EL DERECHO DEL DOMINGO Y LOS DÍAS FESTIVOS

#### 1. *Preámbulos*

##### A. *El preámbulo como fundamentación y profesión de fe*

Característica del contenido de los preámbulos es la formulación de posturas valorativas, (“altos”) ideales,<sup>458</sup> convicciones, motivos, en suma,

<sup>458</sup> Constituciones de Japón (1946) y Francia (1958).

la imagen propia del constituyente. Esta confesión, la “fe” (así, expresamente, por ejemplo, la Convención de Derechos Humanos), se presenta ocasionalmente al lado de los “conocimientos”. En ocasiones se encuentran caracteres rasgos, casi himnicos, que transmiten el carácter de un estado de ánimo y en general irradian “brillo”. Cuando se tratan de este modo los cosas “primeras” y “últimas” es natural que de inmediato se establezca un aliento de *pathos*.

La alta intensidad valorativa de los preámbulos también se muestra en que gustan remitir a realidades previas (ontológicas) como Dios o Cristo (por ejemplo, Australia 1900, Indonesia 1945, Argentina 1853) o las invocan (por ejemplo, Irlanda 1937). La casi sagrada autoobligación hacia él, las ocasionales invocaciones o llamados<sup>459</sup> son elementos y momentos formales y sustantivos recurrentes. Esto es, en parte se muestran los preámbulos como “proposiciones de fe” de una comunidad política, y no sólo en las referencias a Dios y a la responsabilidad ante él y los seres humanos, sino también en otras cláusulas de reconocimiento, que expresamente reafirman su “profunda fe en estas libertades fundamentales” (así, el preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950), objetivizan<sup>460</sup> declaraciones de voluntad próximas a tales reconocimientos o normativizan deseos y esperanzas subjetivos (por ejemplo, Constitución de Berlín de 1950: “Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida”, lo que hoy es realidad) o las convicciones y declaraciones de voluntad.

El carácter de reconocimiento, en ocasiones ficticio, conduce a las capas profundas de un pueblo constituido, y en proceso de constituirse continuamente después del acto constituyente. Rudolf Smend las trató a su manera en su teoría de la integración.<sup>461</sup> El Estado constitucional democrático no puede renunciar a estos vínculos más bien sentimentales de los ciudadanos hacia él, a la creación de posibilidades de identifica-

459 Poco frecuente es la referencia al juicio de Dios, como en el preámbulo de la Constitución de Württemberg-Hohenzollern, en Dennewitz, B. (ed.), *Die Verfassungen der modernen Staaten*, vol. II 1948.

460 Como el prólogo a la Constitución de Renania-Palatinado de 1947: “Animados por la voluntad de asegurar la libertad y dignidad del ser humano...”; véase también el preámbulo de la CEDH de 1950: “...como gobiernos de Estados europeos animados del mismo espíritu...”.

461 Smend, R., “Verfassung und Verfassungsrecht” (1928), ahora en *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3a. ed. 1994, pp. 119 (especialmente 160 y ss., 215 y ss.), sobre los preámbulos por ejemplo las pp. 216 y s.

ción para el ciudadano y a su propia obligación y responsabilidad ante instancias y contextos más altos.

En todo caso, los preámbulos remiten a verdades básicas o de fe positivas de una comunidad política; en ocasiones reactualizan un pedazo de la “*religion civile*”. Presumiblemente, las Constituciones sin preámbulo contienen también dichas “verdades de fe”, que son previas a sus disposiciones jurídicas, pues todo orden jurídico positivo penetra en dichas capas profundas. Los preámbulos pretenden racionalizarlas y darles expresión, a veces en forma secularizada, otras en forma “todavía teológica”. Estos fundamentos de la autocomprensión (en la identidad) de una comunidad política, el concentrado, es aquello que obliga a todos los ciudadanos, casi como una “profesión de fe”, es aquello que es puesto “antes del paréntesis” y que con frecuencia es formulado en términos similares a un contrato (la Constitución como contrato).

### B. *La función de puente en el tiempo*

Los elementos constructivos regulares de los preámbulos son expresiones de la dimensión temporal: por un lado, en el rechazo de un pasado determinado o en la vuelta o el “recuerdo” (por ejemplo, preámbulo de la Constitución de Irlanda) a determinadas tradiciones y periodos (referencia histórica, por ejemplo, Turquía: “en el curso de su historia”: Baviera: “historia más que milenaria”; Constitución de Bremen de 1947: “centenaria Ciudad Libre Hanseática de Bremen”); pretenden invocar y elaborar el pasado de manera negativa (polémica) o positiva.<sup>462</sup> Además, los preámbulos se pueden referir al presente, ocasionalmente en la orientación de deseos, por ejemplo Berlín: “Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida”, lo que hoy se ha vuelto realidad. Por último, pueden referirse al presente y al futuro como tales,<sup>463</sup> o incluso querer “ganar” el futuro.

<sup>462</sup> Cfr. Baviera: “campo en ruinas” y la Constitución de Baden de 1947: “depositarios de la antigua tradición de Baden”; véase también el preámbulo de la CEDH de 1950: “patrimonio común en bienes y tradiciones espirituales. Respeto de la libertad y gobierno de la ley”. Véase también la Constitución de Sajonia (1992): “apoyada en tradiciones de la historia constitucional sajona... consciente de la culpa propia en su pasado”.

<sup>463</sup> Así Renania del Norte-Westfalia: “superar con trabajo conjunto la necesidad del presente”. Por último Turingia (1993): “superar aquello que es motivo de división en Europa y el mundo”; Mecklemburgo-Antepomerania (1993): “promover el progreso económico de todos”.

En cuanto los preámbulos cuentan la “historia” y hacen profesiones de fe en relación con ella, pretenden hacer justicia a la necesidad de identidad y de hacer presente la historia que tiene el ser humano, no en el sentido de un tratamiento científico para un público especializado, sino más bien en el sentido de una historia que “se sienta comprometida con el lego”. Al respecto puede llegar a haber conflictos en los preámbulos entre los reconocimientos y los conocimientos: así, por ejemplo, el preámbulo de la Ley Fundamental alemana no resiste, en algunas de sus partes, una revisión histórica crítica.

En la medida en que los preámbulos se orientan hacia el futuro —así, por ejemplo, el modo como las futuras generaciones en la Constitución bávara (1946) encuentran en el círculo de la visión y la responsabilidad del constituyente— o expresan deseos y esperanzas, contienen un exceso *concreto-utópico*: en tal medida se encuentra en el preámbulo un bosquejo del futuro. El preámbulo introduce un pedazo de la fructífera tensión entre deseo y realidad en la Constitución (y la política), como se puede comprobar también en otras partes de los textos constitucionales, por ejemplo, en los mandatos constitucionales. Con frecuencia un pueblo tiene que tener paciencia con vistas a los deseos y esperanzas de los preámbulos. Un ejemplo afortunado es el del preámbulo de la LF de 1949 en relación con la reunificación alemana (1990): es al mismo tiempo muestra de una historia exitosa de la Ley Fundamental alemana.

## 2. Referencias a Dios

Conforme existen, las cláusulas constitucionales con referencias a Dios no constituyen, de ningún modo, una etapa evolutiva “superada”, anacrónica o atípica, sino una posible variante cultural del Estado constitucional. Son expresión del “derecho constitucional de la religión” y, por tanto, de una imagen del ser humano que concibe a éste —y al pueblo— tanto en lo histórico como en la actualidad, como insertado en contextos de responsabilidad más altos: Estado y derecho son confirmados como ordenamientos limitados, fundados en la ética, lo que de por sí resulta característico del Estado constitucional. Así visto, existe una conexión interna entre las cláusulas de responsabilidad con referencias a Dios (o a la creación) y la dignidad humana, pero también con el principio constitucional de la tolerancia, como en lo absoluto tienen que integrarse los textos sobre Dios en la Constitución entendida como

unidad.<sup>464</sup> Con ello no se revierte la evolución histórica hacia el Estado constitucional secularizado, ya que el derecho constitucional no obliga a nadie al “culto religioso” a través de estos textos. Sin embargo, se toma culturalmente en serio al ser humano como *homo religiosus*, llegando hasta la garantía de comportarse de manera indiferente o contraria a la religión. Es este trasfondo cultural el que justifica, histórica y actualmente, a los textos sobre Dios en el Estado constitucional, aunque también los limita.

### 3. “Derecho constitucional de la religión” en el Estado constitucional

En lo que sigue se enuncia, a manera de términos clave, el modo como la teoría constitucional comparativa ha desglosado el tema “derecho constitucional de la religión”. Merced al análisis de etapas textuales resultan ya aquí visibles, *prima facie*, intensos desarrollos que reflejan en Europa el largo camino desde el Estado de cuño cristiano hacia la sociedad secularizada (por tal motivo, la teoría constitucional debiera renunciar al concepto de “derecho eclesiástico del Estado”).<sup>465</sup> En tal sentido se plantean las siguientes cuestiones:

¿De qué manera está ubicado sistemáticamente la relación entre Estado e iglesias y asociaciones religiosas? ¿Lo están en el inicio, en los artículos de bases de la Constitución, en apartados propios posteriores o solamente de modo puntual? He aquí una selección de ejemplos: al mero inicio, en el artículo 3o., la Constitución de Grecia (1975) establece un apartado sobre “relaciones entre la iglesia y el Estado”. La Constitución de Portugal (1976) procede de modo diferente, al establecer en el artículo 41, en el marco del catálogo de derechos fundamentales, el principio de la separación (inciso 4), mientras que España (1978), si bien trata el tema también en la parte de los derechos fundamentales (artículo 16), a la frase “Ninguna confesión tendrá carácter estatal” agre-

<sup>464</sup> Al respecto, en general (es decir, sin citar los textos sobre Dios), Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., p. 27.

<sup>465</sup> De la reciente bibliografía alemana básica sobre el derecho eclesiástico del Estado alemán: Hesse, K., “Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften”, *HdBStKIR*, vol. I, 2a. ed., 1994, pp. 521 y ss.; Hollerbach, A., “Grundlagen des Staatskirchenrechts”, en *HdBStR*, vol. VI, 1989, pp. 471 y ss.; Broglio, F. M., Mirabelli, C. y Onida, F., *Religioni e sistemi giuridici*, 1997. *Cfr.* ahora la Declaración al Acta Final de Amsterdam (1992): “La Unión respeta el estatus del que gozan la iglesias y asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros de conformidad con sus disposiciones jurídicas, de modo que éstas no se vean perjudicadas”.

ga el siguiente enunciado: “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. La Constitución de Italia (1947) se estructura sistemáticamente de otro modo. Ya en los “principios fundamentales” se regula el aspecto corporativo de la libertad de religión (artículo 8o., segundo párrafo), también se abre la posibilidad de “acuerdos” (tercer párrafo 2). Dinamarca declara lapidariamente en el capítulo I § 4 de su Constitución de 1953: la iglesia evangélica luterana es la iglesia del pueblo danés, mientras que Finlandia (1919-1995) regula hacia finales de la Constitución un apartado IX: “Las comunidades religiosas”. La Constitución de Irlanda (1937) encabeza el tardío artículo 44 con el título “Religión”.

Este análisis muestra ya qué tan diversa es la “cultura religiosa” de los diversos Estados constitucionales y la diversidad de la “importancia” que se da a la “cuestión de la religión”.<sup>466</sup>

Un análisis de las Constituciones más recientes, también en el contexto de sus posibles referencias a Dios, disposiciones sobre días festivos, cláusulas de juramento y fines educativos sigue siendo un *desideratum*, pero echaremos un breve vistazo a Europa oriental. La Constitución de Eslovaquia (1992) dispone ya en su artículo 1o., frase 2: “*It is not tied to any ideology or religion*”. La Constitución de Bulgaria (1991) dispone lo siguiente en su parte de bases, en el artículo 13, inciso 2: “*Les institutions religieuses sont séparées de l'État*”. El artículo 14, inciso 1, de la Constitución de Rusia (1993) dispone también en su parte de fundamentos: “La Federación Rusa es un Estado laico”. La Constitución del Chad (1996) garantiza la libertad de religión de manera individual y colectiva (artículo 35), sin perjuicio del reconocimiento de su responsabilidad ante Dios (preámbulo). Un “espíritu” propio se manifiesta en el proyecto de Constitución de “Solidaridad” en Polonia (1994), en cuanto se señala, en la parte de los fundamentos (artículo 6o., inciso 1): “*The State shall guarantee the autonomy of churches and confessional organisations recognized by law*”. La Constitución de Polonia (1997) regula el estatus de las “iglesias y otras asociaciones religiosas” en el artículo 25 (parte de fundamentos).

<sup>466</sup> La Constitución de Suecia (1975) establece ejemplarmente ya en su capítulo I § 2 inciso 4 la protección de las minorías religiosas.

Francia se define ya en el artículo 1o. de la Constitución de 1958 como “República laica”, ejemplo que es seguido por la Constitución de Mali ya en su preámbulo (“*laïcité*”), lo mismo que por la Constitución de Guinea (1991) en su artículo 1o., inciso 1. En el resto de África dispone, por ejemplo, la Constitución de Níger (1992) la separación entre “Estado y religión” (artículo 4o.), igualmente el artículo 1o. de la Constitución del Chad (1996). La Constitución de Madagascar (1992) ratifica en su preámbulo su creencia en “*Dieu Créateur*”, prohíbe ya en la parte de fundamentos toda discriminación por causa de religión (artículo 8o., inciso 2). El artículo II, sección 6, de la Constitución de Filipinas (1986) —que en algunos temas irradia intensamente hacia África— dispone: “*The separation of Church and State shall be inviolable*”. El artículo 288 inciso c) de la Constitución de Portugal (1976-1992) incluye la “separación entre Iglesia y Estado” incluso en sus cláusulas de eternidad (igualmente el artículo 159 de la Constitución de Angola).

#### 4. *Días festivos-domingos*

##### A. *Días festivos*

###### a. Planteamiento del problema

Las garantías de los días festivos pertenecen a un “estrato” de normas constitucionales que frecuentemente se desatienden, pero que penetran hasta el centro de la identidad cultural del Estado constitucional respectivo y del Estado constitucional como tipo. Proviene de la “materia” de la que en ocasiones son los “sueños” (y primeramente sólo eso) —por ejemplo, la “unidad alemana”, que se hizo realidad en 1990— pero que sobre todo son o fueron valores fundamentales que se “dirigen”, junto a la *ratio*, también a la *emotio* del ser humano y el ciudadano en el Estado constitucional: los himnos, banderas,<sup>467</sup> los fines educativos como “el amor hacia el pueblo y la patria” (por ejemplo, artículo 33 de la

<sup>467</sup> Cfr. Smend, R., “Integrationslehre” (1956), ahora en *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3a. ed., 1994, p. 475 (477): “Por tanto, es ésta (sc. la integración material), por ejemplo, la ubicación sistemática para la teoría de los símbolos del todo valorativo, las banderas, escudos, jefes de Estado, ceremonias políticas, fiestas nacionales, que hacen comprensible la totalidad del contenido de sentido del Estado y dan acceso a la vivencia”. Por último sobre los “símbolos del Estado”: Badura, P., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1996, pp. 251 y ss.

Constitución de Renania-Palatinado (1947)) o la “reconciliación de los pueblos” (por ejemplo, artículo 25, inciso 2, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia), así como los monumentos. Los himnos nacionales significan, lo mismo que los días de fiesta nacional, un pedazo de *memoria colectiva* de un pueblo, en lo cual puede realizarse una transformación: prácticamente ningún francés piensa ahora en el sangriento contenido de “La Marsellesa”. Estas “fuentes de consenso” más bien emocionales no deben ser subestimadas junto con el lado más bien racional (como la dignidad humana, la libertad, la democracia), pues ya lo impiden los mismos textos constitucionales positivos. En la garantía de los días festivos se refleja un pedazo de la concepción de sí mismo, propio del Estado constitucional, pero también un pedazo de la “imagen” que los ciudadanos pueden y deben hacerse de él y que él puede y debe hacerse de los ciudadanos. Solamente el enfoque culturalista puede iluminar las posibilidades y límites de los días festivos en el Estado constitucional, ya que el positivismo jurídico no sabe muy bien qué hacer con ellos. En un sentido más amplio y profundo son todos los días festivos vivos “días de la Constitución”, porque pretenden traer a la conciencia elementos diversos del Estado constitucional en conjunto.

*b.* Las garantías de los días festivos como expresión de la integración, históricamente lograda, de las partes de la población en el Estado constitucional

Las garantías de los días festivos pueden ser expresión de la integración, lograda o sólo esperada, de un grupo poblacional en el pueblo en su conjunto.

Los ejemplos pueden ser, con vistas a la clase trabajadora, las garantías del 1o. de mayo, en lo que ocasionalmente se agregan grandes objetivos, de los que también impregnan a la Constitución (por ejemplo, como objetivo general del Estado o particular de la educación). Representativo en este sentido es aquí el artículo 3o., inciso 2, de la Constitución de Baden-Württemberg (1953): “El 1o. de mayo es, por ley, día festivo. Su propósito es reconocer la justicia social, la paz, la libertad y el entendimiento de los pueblos”.

El ejemplo que quizá sea el más impresionante y al mismo tiempo más reciente de este tipo es el nuevo día festivo que los EUA han instituido, por primera vez en 1986, en honor del defensor de los derechos

civiles Martin Luther King (15 de enero). Aunque ello no se haya producido bajo la figura de una reforma constitucional formal (“*amendment*”), en el fondo se trata de derecho constitucional material. El nuevo día festivo o día de Martin Luther King constituye la conclusión simbólica de la larga lucha del movimiento estadounidense de los derechos civiles en favor de la igualdad y la integración de la “gente de color”. Cuando el gran Estado constitucional que son los Estados Unidos reconoce como día festivo el nacimiento de este representante de la resistencia no violenta, lo que anteriormente sólo se había hecho por G. Washington, ello significa lo siguiente: tal día de enero se convierte en una especie de “día de la Constitución”; constituye el foro en el que pueden encontrarse de manera ideal todos los ciudadanos de los EUA como ciudadanos libres e iguales. El día de Martin Luther King significa, por un lado, una “*conmemoración*” histórica de este gran ciudadano, pero al mismo tiempo la *conciencia* de las tareas del futuro: sobre el “camino eterno” hacia la eliminación de todas las formas sociales de discriminación racial que todavía puedan existir.

Una teoría del derecho del Estado desarrollada de manera puramente positivista no es capaz de desentrañar estos contextos y las dimensiones profundas. La fuerza simbólica, integradora de las garantías, sólo es capaz de revelarla una teoría constitucional que trabaje con el enfoque culturalista. Si se hace una comparación entre los objetivos declarados de los días festivos en las Constituciones de los Länder alemanes después de 1945 (sobre todo las de Baden-Württemberg, Bremen y Hesse) entre sí y con otros enunciados de sus textos, se producen relaciones sorprendentes: “justicia social”, “paz”, “libertad”, “entendimiento de los pueblos” son “fines constitucionales” que también se presentan como fundamentales en otros pasajes, sobre todo como fines del Estado o de la educación. Así, en el artículo 12 de la Constitución de Baden-Württemberg se encuentra el fin educativo “fraternidad de todos los seres humanos y amor a la paz”, así como la “fe en la democracia y la libertad”, en el artículo 26 de la Constitución de Bremen la “voluntad de justicia social” y de “convivencia pacífica con otros hombres y pueblos”, ahí mismo como “fines del Estado” en el artículo 65 (“justicia social, libertad, paz y entendimiento de los pueblos”), y el artículo 56 de la Constitución de Hesse postula como fin educativo el “servicio independiente y responsable al pueblo y a la humanidad a través del

aprecio y el amor al prójimo, el respeto y la tolerancia”. El “entendimiento de los pueblos” también está normado, como objetivo de la Constitución, en el artículo 69 del mismo documento.

En todo ello queda de manifiesto que algunas garantías de los días festivos están tejidas de la “materia prima” constitucional. Cuando el Estado constitucional festeja o “hace” festejar, lo hace al servicio de determinados fines. Y estos fines son de naturaleza fundamental, pues solamente de este modo puede legitimarse la exención del trabajo y la vida normal, el *día de fiesta*. La historia del 1o. de mayo enseña también que un día, frecuentemente de lucha sangrienta y que originalmente pertenecía sólo a una parte del pueblo, es “reconcebido” como día, ya pacífico, de todos los ciudadanos. Es un día que atestigua y ratifica la integración de los trabajadores (alemanes) en el Estado constitucional bajo el signo de las grandes ideas.

En particular el 1o. de mayo es un pedazo de “derecho constitucional laboral” desde el punto de vista material, porque permite a los trabajadores reencontrarse en la Constitución a través de “su” día; y desde la perspectiva formal, porque garantiza, en cuanto día feriado por ley, el “descanso del trabajo”, pero manteniendo el derecho al salario. Al mismo tiempo constituye un pedazo de derecho constitucional de la cultura, porque vincula de manera específica a la Constitución con la cultura: el “descanso laboral” abre la posibilidad de reconocer el aspecto que como creador de sentido tiene el trabajo, al mismo tiempo que se puede dedicar a otras actividades culturales. El trabajo y el tiempo libre son igualmente un pedazo de cultura y, por lo tanto, también lo es el derecho que los desarrolla.

### c. El ejemplo de “Europa oriental”

Una palabra sobre la significación de símbolos como las banderas, los escudos y los himnos en Europa oriental. El comienzo y la transformación en Europa oriental (1989) fue acompañado, desde el principio, por el cambio de los símbolos del Estado. Si éstos habían sido otorgados desde arriba, literalmente “implantados”, y visibles como “signos” socialistas en la hoz y el martillo, estrellas rojas y otros similares, los nuevos días festivos de la toma del poder o en los días festivos clásicos, ahora refuncionalizados, como el 1o. de mayo, fueron modificados casi siempre desde el inicio al producirse la transición hacia el Estado cons-

titucional, muchas veces a través de un recurso a la historia constitucional reprimida de la respectiva nación de Europa oriental. También en las democracias pluralistas, y particularmente en ellas, se requieren los símbolos del Estado como elementos de identidad cultural del Estado constitucional; incluso en las sociedades abiertas, y precisamente en ellas, necesita el ciudadano, en y para su comunidad política, signos de identificación y artículos de reconocimiento que generen consenso. La teoría de la integración de R. Smend<sup>468</sup> ofrece palabras clave que siguen siendo válidas hasta hoy. Los símbolos deben hacer visible y comprensible para los contemporáneos lo acaecido y transmitirlo a la “memoria colectiva” de la posteridad. Dichos signos dicen frecuentemente más sobre el “espíritu” de un pueblo que algunas normas jurídicas. De este modo se declaran los días festivos, se construyen monumentos, se nombran las calles, se crean y saludan las banderas, se cantan los himnos. De este modo se elabora la historia y arriesga el futuro.

Aquí los elementos de la evolución más reciente, los cuales demuestran que la caída de los símbolos estatales antecede la mayoría de las veces a las normaciones de detalle: tan sólida es la fuerza significativa de estos símbolos. Y tampoco es casualidad que los documentos constitucionales le concedan frecuentemente a los símbolos un lugar preeminente en los artículos de bases (por ejemplo, el artículo 3o. de la Constitución de la República de Weimar de 1919; el artículo 5o. de la Constitución de Venezuela de 1961; el artículo 11 de la Constitución de Portugal de 1976; el artículo 4o. de la Constitución española de 1978; el artículo 2o., incisos 2 y 3, de la Constitución francesa de 1958; el artículo 1o., incisos 2 y 3, de la Constitución de Baviera de 1946; ahora, el artículo 28 de la Constitución de Polonia de 1997; el artículo 1o. de la Constitución de la Costa de Marfil (1995), el artículo 4o. de la Constitución de Madagascar (1995)).

Polonia volvió a celebrar en 1990 su día de fiesta nacional y constitucional el 3 de mayo, en recuerdo de su primera Constitución de 1791. Al iniciarse 1990, el águila blanca recuperó su corona en el escudo nacional de armas de Polonia.<sup>469</sup> En las modificaciones constitucionales se denomina a la “República de Polonia” como “Estado democrático de

468 Smend, R., “Verfassung und Verfassungsrecht” (1928), ahora en *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3a. ed., 1994, p. 119 (170).

469 Cfr. ahora el artículo 28, inciso 1, de la Constitución polaca de 1997.

derecho” que se orienta por la justicia social. La Constitución regenerada y parcialmente revisada de Hungría de 1949-1989, una solución transitoria y más bien para salir de apuros, regula en el capítulo XIV la ciudad capital y los símbolos nacionales de la República de Hungría: el himno nacional (artículo 75). En el artículo 76 se dispone: “El escudo oficial y la bandera nacional de la República de Hungría, así como el uso de los símbolos nacionales, son regulados por una ley con contenido jurídico-constitucional”. En el requisito formal de una “ley constitucional” se manifiesta la importancia del objeto. El 2 de mayo de 1990 expide el Parlamento húngaro una resolución en que se declara al levantamiento popular de 1956 como lucha revolucionaria de liberación. El 23 de octubre, aniversario del inicio de la revolución, será en adelante día festivo. Recientemente, al pretender Hungría combinar tres escudos —el “escudo de Kossuth” (1848-1849), el emblema socialista (1948) y el “escudo de la corona” (Reino de Hungría hasta 1945)— está luchando por una reconciliación consigo misma y con sus agitados periodos de la historia constitucional: por la vía de una “recepción productiva” que remite a su patrimonio cultural.

Ahora unas palabras sobre el domingo.

*B. Domingo y cultura dominical en el Estado constitucional, comportamiento dominical en la sociedad del tiempo libre, realidad del domingo*

El domingo exige un tratamiento separado de los días festivos, pues, no obstante la frecuencia con la que son reunidos en una “doble garantía”, subsiste la diferencia, pues el “domingo” tiene más de mil años. Ni la Revolución Francesa de 1789 ni la Revolución Rusa de 1917,<sup>470</sup> así como tampoco la China de Mao Zedong, pudieron suprimirlo o desplazarlo. Casi a escala mundial se afirma como tal.

En lo particular sobre los domingos y la cultura dominical en el Estado constitucional: la figura clásica se encuentra en el artículo 139 de la Constitución de Weimar, con su doble orientación hacia el “descanso laboral” y la “elevación espiritual”. Desde el punto de vista dogmático se trata, primero, de una “garantía institucional” (C. Schmitt), y por

470 De la bibliografía: Kunig, P., *Der Schutz des Sonntages im verfassungsrechtlichen Wandel*, 1989; Häberle, P., *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, 1989.

tanto, protegida en su contenido esencial frente a todas las funciones estatales (a diferencia de las garantías “abiertas” de los días festivos, que pueden ser relativizadas por ley); y segundo, la garantía del domingo es un mandato de protección dirigido al Estado. El derecho ordinario le confiere perfiles más definidos en los conceptos clave: en principio, no hay ningún “trabajo que se perciba públicamente”, protección de los servicios religiosos de los creyentes bajo la figura de ciertas prohibiciones en el marco del descanso laboral colectivo y un espacio público estructurado en este día en términos de descanso general, pero espacio para muy diversos comportamientos en el tiempo libre de los ciudadanos y grupos, en suma, del *espacio público pluralista*. De un modo que no siempre es comprensible en términos jurídico-positivos, sino que solamente puede profundizarse por la ciencia cultural, son los siguientes altos valores fundamentales constitucionales los que convierten al domingo en un multicitado “patrimonio cultural” o “patrimonio constitucional”: estructuración tanto de la soledad como de la convivencia humanas en el ritmo semanal a través del descanso laboral colectivo, con ello tensión-distensión, trabajo-tiempo libre y obligación-ocio y con ello apertura hacia: valores fundamentales (ejercidos voluntariamente) como el matrimonio y la familia, la vecindad y la asociación, la amistad y las reuniones, la religión, la ciencia y el arte, como ejemplos de la posibilidad básica de la “elevación espiritual” (en tal sentido, “carácter de oferta” del domingo).

#### XIV. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

En la democracia cívica pluralista, *todos los ciudadanos* son “guardianes” de la Constitución. Lo que las antiguas teorías del Estado concedían solamente como privilegio y predicado a un presidente, o las más recientes, al tribunal constitucional, ya no resulta ser, desde la perspectiva de la teoría constitucional de la actual etapa evolutiva, el monopolio de un solo poder o persona, sino *asunto de todos*: todos los ciudadanos y grupos, que por ejemplo interponen recursos constitucionales, todos los órganos estatales, que están sujetos a la Constitución, tienen que “defender” a la Constitución en el marco de sus competencias, y no sólo eso sino también continuar desarrollándola. Al respecto hay también una multiplicidad de competencias y procedimientos formalizados, de insti-

tuciones e instrumentos, que sirven a la protección de la Constitución. Visto comparativamente, el “arsenal” de medidas para la defensa de la Constitución en el espacio y el tiempo, es sumamente rico. De acuerdo con las diversas experiencias e incluso “temores” históricos, una Constitución nacional regula el ámbito problemático de la “defensa de la Constitución” de manera especialmente intensiva y extensiva (así la Ley Fundamental de Bonn de 1949, después de las experiencias negativas con los artículos de emergencia, formulados como cláusulas generales, de la Constitución de Weimar, o con el “poder dictatorial” del presidente del *Reich* y los enemigos de izquierda y derecha), o lo hace solamente al margen o no lo hace en absoluto (así, Suiza). La Ley Fundamental alemana es especialmente inventiva cuando se trata de la defensa de la Constitución. Incluso podría decirse que dispone, de manera potencial y actual, de casi todos los instrumentos imaginables para proteger a la Constitución. No obstante el perfeccionismo de estas buenas intenciones, es preciso recordar que, “en última instancia”, una Constitución solamente puede ser protegida políticamente o en la profundidad *cultural*; si bien los instrumentos *jurídicos* son importantes, solamente son eficaces cuando todos poseen una “voluntad de Constitución” y ésta desenvuelve duraderamente su fuerza normativa (K. Hesse). Esto apunta, pues, a los “límites” de la defensa jurídica de la Constitución.

Bajo esta reserva cada constituyente nacional puede, y debe, hacer una selección entre la plenitud de posibles regulaciones que constituyan la mejor solución relativa para la cultura política de un pueblo, sus experiencias y esperanzas. Son imaginables los siguientes:

- La protección del *contenido esencial o el núcleo de los derechos fundamentales* en una garantía expresa (así, el artículo 19, inciso 2, de la LF de 1949; el artículo 28 de la Constitución del Cantón suizo de Berna de 1993; el artículo 31, inciso 3, frase 2, de la Constitución de Polonia de 1997); en ocasiones, los tribunales han desarrollado cláusulas no escritas sobre el contenido esencial (así, el Tribunal Constitucional austriaco y, en el plano europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).<sup>471</sup>
- La *prohibición de rupturas o quebrantamientos constitucionales* (cfr. el artículo 49, inciso 1, frase 1 de la LF); se trata igualmente

<sup>471</sup> Häberle, P., *Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19, Abs. 2 GG*, 3a. ed., 1983, pp. 264 y ss.

del intento de elaborar las experiencias negativas de Weimar; la práctica constitucional en relación con la LF ha impuesto, sin embargo, conforme al artículo 79, inciso 1, frase 2, excepciones cuestionables.<sup>472</sup> En Austria, la Constitución ha quedado desfigurada y convertida en “ruina” debida a la falta de una prohibición de esta naturaleza.

- La *limitación de las modificaciones constitucionales*: las así llamadas “cláusulas de eternidad” como garantías de identidad del Estado constitucional (cfr. el artículo 79, inciso 3, de la LF); estas cláusulas se imponen cada vez con mayor frecuencia en las Constituciones recientes,<sup>473</sup> pero todavía la Constitución de Weimar carecía de una semejante. Amplios catálogos se encuentran, por ejemplo, en el artículo 288 de la Constitución de Portugal; en otras ocasiones solamente se protege la forma de gobierno republicana (así, en África: artículo 142 de la Constitución de Madagascar de 1992), en otras más están protegidos varios principios constitucionales, los esenciales, frente al poder revisor de la Constitución (por ejemplo, artículo 118 de la Constitución de Mali de 1992; artículo 225 de la Constitución del Chad de 1996). En Suiza no existen “cláusulas de eternidad” como derecho positivo ni a nivel federal ni en el cantonal, aunque la doctrina se ocupa intensamente de las mismas.<sup>474</sup>
- Las *limitaciones al proceso constituyente*: para el político del poder o de la realidad no serán ningún tema, así como tampoco se plantea la cuestión de los límites al constituyente “todopoderoso” dentro de la cuestionable doctrina de que el constituyente decide “normativamente a partir de la nada” (“*decisionismo*”). Pero es diferente en la teoría del Estado constitucional, en el cual hay límites que se derivan de su *tipo*: dignidad humana, derechos humanos, democracia y división de poderes son (citados ya con frecuencia en el preámbulo) datos “ideales”, que si no se respetan, conducen a que ya no se pueda hablar de “Estado constitucional”. En Suiza el federalismo podría constituir un “límite inmanente” para cualquier

472 Cfr. la posición crítica al respecto de Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., pp. 291 y s.

473 Al respecto Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998, pp. 267 y ss.

474 Müller, J. P., “Materiale Schranken der Verfassungsrevision?”, *FS Haug*, 1986, pp. 195 y ss.; Häberle, P., *ibidem*, pp. 81 y ss.

constituyente. En la Europa en trance de unión, la pertenencia a ella, en la forma técnica que sea (Consejo de Europa o UE), constituye un límite para el constituyente nacional. Las “condiciones” que el Consejo de Europa fijó en los noventa en materia de protección de minorías a los Estados reformados de Europa oriental (por ejemplo, Estonia y Hungría) son también límites; dicho de otra manera: el Consejo de Europa, pero de manera particular la UE, funcionan prácticamente respecto de los países que pretenden adherirse a ellos como un “*constituyente mediato*”.<sup>475</sup> De manera inversa, la LF intenta, a través de la llamada cláusula de aseguramiento estructural del artículo 23, inciso 1, frase 1, influir indirectamente en el proceso de unificación europea, lo que había logrado el Tribunal Constitucional Federal con la sentencia “Solange” (E 37, 271 y 73, 339). Visto en conjunto, e independientemente de los límites típicos apuntados, hay que buscar en la profundidad de la cultura constitucional de una nación los determinantes últimos que son dados previamente al constituyente, aún si no tienen que ser formulables jurídicamente. Así como va cambiando la comprensión del proceso constituyente en el proceso de etapas textuales, considerado comparativamente, en la misma medida es que, por ejemplo, ya no es una “nación” o el “pueblo” los que se “dan” una Constitución, sino que lo son los “ciudadanos y ciudadanas del *Land* de Brandemburgo” (así, el preámbulo de la Constitución de 1992), es así como el tipo del Estado constitucional ha comenzado a “institucionalizar” y a “constitucionalizar” el proceso constituyente, anteriormente concebido como “salvaje”, “originario”, que comenzaba explosivamente desde “cero”. El mejor ejemplo a escala mundial son las Constituciones cantonales suizas, que fijan requisitos mínimos determinados al procedimiento constituyente (por ejemplo, los 121 a 125 de la Constitución de Aargau de 1980). También la Constitución de Brandemburgo (1992) establece, como única en Alemania, barreras procesales claramente definidas para una nueva Constitución del *Land* (artículo 115: entre otras, una mayoría de dos tercios de los miembros de la asamblea constituyente, aprobación por referéndum con la mayoría de los votantes).

475 Cfr. Streinz, R., *Europarecht*, 3a. ed., 1996, núm. 78. Normado de manera expresa en el artículo 60., inciso 1, en relación con el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea (Amsterdam).

En Sudáfrica se establecen en la Constitución provisional de 1993 condiciones (“*general principles*”) para la Constitución definitiva de 1996, cuyo cumplimiento fue revisado incluso en 1997 por el Tribunal Constitucional local, quizá el único ejemplo a nivel mundial, establecido por el derecho constitucional, de la participación de un tribunal constitucional en el proceso constituyente y una muestra de la historia exitosa del establecimiento de la jurisdicción constitucional. El tema “límites del proceso constituyente” ya no es, desde hace tiempo, de naturaleza “platónica” o un mero juego teórico.

- Las *garantías del “orden fundamental de libertad y democracia”* son una conquista particular de la Ley Fundamental de Bonn, las que, bajo el signo de los valores de la democracia “militante” o “dispuesta a la defensa”, pretenden proteger a la Constitución contra posibles enemigos (“enemigos de la Constitución”), tempranamente identificados, para lo cual existe naturalmente el peligro de que los grupos gobernantes quieran excluir, como “enemigos de la Constitución”, a los grupos de oposición que les desagraden, aunque éstos únicamente estén haciendo uso, en el marco de la Constitución, de sus *derechos como oposición* protegidos especialmente por los derechos fundamentales. En casos extremos, la Ley Fundamental alemana ha creado dos posibilidades de prohibición: la llamada “*pérdida*” (“*Verwirkung*”) de derechos fundamentales, conforme al artículo 18 LF, y la prohibición de partidos, conforme al artículo 21, inciso 2, de la LF. De acuerdo con el artículo 18, pierde sus derechos fundamentales aquel que “abuse de ellos” (como las libertades de opinión o de asamblea, o el derecho de asilo) en su “lucha contra el orden fundamental de libertad y democracia”. Solamente en muy pocos casos se ha aplicado hasta ahora el artículo 18. Algo diferente ocurre con la *prohibición de partidos* conforme al artículo 21, inciso 2, LF, según el cual “son inconstitucionales los partidos que por sus objetivos o por el comportamiento de sus adherentes tengan el propósito de dañar o suprimir el orden fundamental de libertad y democracia o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania”. El TCFA dictó en 1952 y 1956, en virtud del privilegio de partidos, dos importantes sentencias (E 2, 1 y E 5, 85) que prohibían de

manera constitutiva al Partido Socialista del Reich, radical de derecha, y al Partido Comunista de Alemania, haciendo profundas explicaciones sobre la “democracia en libertad” y la “democracia militante” (“*process of trial and error*”, “síntesis entre el principio de tolerancia hacia otras opiniones políticas y el reconocimiento de ciertos valores fundamentales intangibles del orden estatal”: E 5, 85 (135 y 139)). Lo que en otras partes se sanciona solamente a través del derecho penal político o por la opinión pública, trata de resolverlo jurídicamente la LF. Ciertamente hay que tener claridad sobre los *límites* de la prohibición del abuso, pues es más fácil neutralizar a los partidos políticos pequeños que a los que han sido legitimados con un mayor poder por el pueblo. En 1998, al prohibir el Tribunal Constitucional al Partido islámico, que ya había participado en el gobierno, alcanzó quizá Turquía los límites de la prohibición de partidos (*cfr.* artículos 68 y 69 de la Constitución de Turquía de 1982, y 98 de la Ley sobre Partidos Políticos de 1983). En el fondo se muestra aquí también que la democracia en libertad debe ser asegurada, en *última instancia*, sólo por sus ciudadanos mismos.

- La finalidad del “*estado de excepción*” o la llamada “*emergencia de Estado*” es también la protección de la Constitución. Se trata de todos los peligros graves para la permanencia del Estado o de la seguridad y el orden públicos, lo que no puede resolverse mediante las vías *normales* previstas por la Constitución, sino que su defensa y medidas solamente son posibles con *medios excepcionales*.<sup>476</sup> En la época anterior a la segunda guerra mundial, algunos países funcionaron con un derecho de emergencia de Estado no escrito, extra o supra constitucional (así, por ejemplo, Suiza). El Estado constitucional, que se caracteriza por el derecho escrito, aun cuando reconoce fuentes del derecho no escritas, como el derecho constitucional judicial o los principios generales del derecho, haría bien en establecer con claridad las competencias para el caso de excepción y señalarles límites claros. El objetivo de cualquier disposición sobre situaciones de emergencia debe ser el restablecimiento, tan pronto sea posible, de la “normalidad constitucional”. La idea de la *ultima ratio* o de la prohibición del exceso debe guiar

476 Hesse, K., *Grundzüge...*, cit., p. 301.

a todas las medidas de excepción, como el quebrantamiento (*Durchbrechung*) de las competencias normales de los parlamentos en favor del *ejecutivo* (concentración de poderes) o de la limitación o suspensión temporales de los derechos fundamentales. Bajo estas estrictas condiciones requiere la *primacía de la Constitución escrita*, suspender en partes la Constitución, “a fin de poder restablecer su vigencia ilimitada”.<sup>477</sup> Es en esta medida que el estado de excepción forma parte plenamente de las instituciones “normales” del Estado constitucional y no se encuentra, *per se*, en contradicción con él. En consecuencias, numerosas Constituciones antiguas y recientes conocen el estado de excepción o tradicionalmente el “estado de sitio”. Su demonización por los ideologías de izquierda a fines de los años sesenta en Alemania (palabra clave: “Orwell”) no se justificaba ni en la comparación jurídica ni en la historia constitucional.

La teoría constitucional tiene que aclarar una serie de *cuestiones fundamentales* —también en vinculación con la política constitucional— que los diversos países pueden responder de manera distinta: ¿quién declara el estado de excepción (por ejemplo, el presidente, el Parlamento o el gobierno)? ¿cuáles son las *condiciones y supuestos de hecho* para declararlo (peligros para el orden y la seguridad públicos)? En este sentido hay que distinguir entre la “emergencia externa” (según la LF, el llamado “caso de defensa”: artículo 155a, incisos 1 y 3) y la “emergencia interna” (catástrofes naturales, accidentes especialmente graves, peligros para la supervivencia del Estado o del orden fundamental de democracia: artículo 35, incisos 2 y 3, 91, inciso 1, LF); ¿se conforma con una *cláusula general*, como la de la Constitución de Weimar en su famoso artículo 48, o si se prefiere, tratar de resolver el problema a través de numerosas normas detalladas (como en la LF alemana a partir de 1968)? Si debido a la autorización general, como en Francia (artículo 16 de la Constitución de 1958) existe el peligro de un abuso, una regulación especial amenaza con conducir a la ineffectividad (como sucede quizá con la LF alemana). Finalmente: ¿quién *controla* la proporcionalidad de la medidas (quizá un tribunal constitucional, como en el artículo 115g de la LF) o quién decide sobre la duración del estado de excepción

<sup>477</sup> *Ibidem*, p. 303.

(*cfr.* por ejemplo un comité especial: el “comité conjunto”, artículo 53a de la LF)?

—El *derecho de resistencia* es el “último recurso del ciudadano” para la defensa de la Constitución. Algunos Estados constitucionales lo han positivizado, como la LF alemana en su artículo 20, inciso 4: “Contra todo aquel que se proponga suprimir este orden, tienen todos los alemanes el derecho a la resistencia cuando no sea posible otro remedio”, y anteriormente ya las Constituciones de los *Länder* (el artículo 147, inciso 1, de la Constitución de Hesse abruma incluso a sus ciudadanos con un *deber* de resistencia). En África destaca la Constitución de Mali de 1992, en la medida en que otorga al pueblo “el derecho a la desobediencia civil... a fin de conservar la forma de Estado republicana” (artículo 121, inciso 2). Con ello encontramos una confirmación más del “paradigma de las etapas textuales”. Si antiguamente el derecho de resistencia era abordado en las teorías generales del Estado bajo criterios de derechos humanos o de derecho natural, y tal derecho fue, por ejemplo, invocado por los hermanos Scholl en Alemania en 1944 contra el nacionalsocialismo, las Constituciones más recientes integran la discusión política y científica más reciente alrededor de la “desobediencia civil” que se debe al norteamericano Thoreau (1848) y que ha encontrado a sus testigos más convincentes en grandes figuras como M. Gandhi, Martin Luther King o Nelson Mandela. También grupos colectivos como “Amnesty International”, “Robin Wood” o “Greenpeace” recurren a la doctrina de la “desobediencia civil” para justificar la “violación limitada de las reglas”.<sup>478</sup> El Estado constitucional posee varias posibilidades alternativas. Puede dejar sin regular el derecho de resistencia y esperar la “rebelión de las conciencias”, recurriendo al derecho natural, o puede positivizarlo, a fin de dar a la conciencia individual siquiera un apoyo simbólico, o bien, puede prescribir la posible invocación de la desobediencia civil.<sup>479</sup> En un orden democrático funcional sólo puede darse el derecho de resistencia en un “sentido conservador”, de acuerdo con BVerfGE 5, 85 (376), mientras que el mandato de la

478 Sobre este problema véase también Rawls, J., *Teoría de la justicia*, 1979.

479 De la bibliografía: Dreier, R., *Recht und Moral*, 1981, p. 202.

*ultima ratio* sigue siendo irrenunciable: pero incluso el Estado constitucional desarrollado corre en ocasiones el peligro de no reconocer en absoluto abusos graves, o hacerlo demasiado tarde. Aquí se requiere un “sistema de alerta temprana”, al que pertenece la desobediencia civil, que es capaz de sensibilizar a una comunidad política sobre eventos (como la contaminación del ambiente o la nuclear) que la opinión pública pluralista no toma suficientemente en serio. Bajo las condiciones que señala J. Rawls, aquí puede estar justificada la “desobediencia civil”. Quien la ejerza tiene, empero, que aceptar las consecuencias para su persona, por ejemplo, un castigo, pues su justificación es ética, no jurídica.