

DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL, “UNIONES DE ESTADOS” REGIONALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL COMO DERECHO UNIVERSAL DE LA HUMANIDAD: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

Peter HÄBERLE

*A los profesores
Domingo García Belaunde
y César Landa*

SUMARIO: I. *Introducción: planteamiento del problema y actualidad.* II. *Los contornos comparativos-culturalistas de la triada temática: Estado constitucional, uniones regionales de Estados y el derecho universal de la humanidad.* III. *Similitudes y diferencias, convergencias y divergencias.* IV. *Perspectivas y conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ACTUALIDAD

El tema que deseo examinar en este ilustre Congreso en México busca concebir de manera conjunta las estructuras constitucionales de diverso tipo que existen en nuestro “planeta azul”. Por tanto, dicho examen no puede ser más que una primera tentativa, un burdo esbozo. Su actualidad, en cambio, resulta evidente en vista de las múltiples referencias a la “globalización”, la “internacionalización” y la “europeización”. Sin embargo, también observamos tendencias contrarias o correctivas, como el redescubrimiento de la cultura que se desarrolla aquí, en la patria, en lo pequeño, en un ámbito vital reducido, como contrapeso al “mercado mundial” sin fronteras y la economización universal; enseguida los diversos procesos de regionalización, como por ejemplo en la Europa en sentido estricto —la Unión Europea— y la Europa en sen-

tido amplio del Consejo de Europa y de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa; además encontramos la renacionalización en los Balcanes, la cual tendría que contrarrestar la europeización de algunos de los pequeños Estados de la región; el surgimiento de nuevos y antiguos Estados pequeños. En África observamos la lucha por la “unidad africana”, la que desafortunadamente se queda casi siempre en el plano “platónico”. En América del Sur se advierten los esfuerzos de integración del Mercosur, el Pacto de Derechos Humanos de los países andinos (2002), y un “derecho constitucional común americano” que quizá un día surja en paralelo al “derecho constitucional común europeo” (la Zona de Libre Comercio de las Américas de 2003 es demasiado poco; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte es quizá un punto de partida desde la economía; piénsese en la Comunidad Económica Europea, que tardó décadas en convertirse en una Comunidad constitucional europea); las reuniones periódicas en la cumbre de los gobernantes iberoamericanos, y más recientemente, la Declaración de Santa Cruz, todo lo cual nos da ánimo a los constitucionalistas.

Algo similar puede decirse sobre las reuniones de los becarios de la Fundación Humboldt en Europa y América Latina, reunión que en 2003 se realizó en Montevideo, Uruguay. En relación con Asia ya me cuestionaba yo hace unos diez años sobre la posibilidad de un “derecho constitucional asiático común”, como por ejemplo, entre Corea del Sur y Japón, y desde España se busca desde hace poco un “derecho constitucional común islámico” (E. Mikunda), también resulta relevante el análisis de los dos proyectos de Constitución para Somalia (2002) que me han solicitado dictaminar recientemente, quizá también el proyecto para Afganistán (2003). La diferencia cultural como protección contra la exclusión y la economización ilimitadas es una palabra clave de nuestro tema; lo son también un grado mínimo de estructuras constitucionales que tomen como punto de partida la dignidad del ser humano y de la humanidad. El enfoque antropológico-cultural forma parte de la “concepción previa” y la “opción metodológica” de esta conferencia, así como también lo son la obtención de identidad partir de los procedimiento y contenidos del derecho constitucional gracias al método jurídico-comparativo y científico-cultural.

DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL

5

II. LOS CONTORNOS COMPARATIVOS-CULTURALISTAS DE LA TRIADA TEMÁTICA: ESTADO CONSTITUCIONAL, UNIONES REGIONALES DE ESTADOS Y EL DERECHO UNIVERSAL DE LA HUMANIDAD

1. *El derecho constitucional nacional, el tipo del Estado constitucional, y la Constitución como cultura*

El primer pilar de nuestra triada es relativamente fácil de esbozar, ya que gracias a la teoría constitucional que trabaja de manera comparativa en el tiempo y en el espacio conocemos la estructura del tipo del Estado constitucional, la cual se ha desarrollado en un largo proceso, se ha difundido a todo el mundo y continúa en formación, tal es el modo en que se ha abierto hacia el exterior y en el tiempo. El grado de densidad jurídica de la Constitución en el Estado constitucional es grande. Existe un canon común de procedimientos y contenidos, como lo son los procesos constituyentes y de reforma constitucional, hasta llegar al voto particular en los tribunales constitucionales; desde el punto de vista del contenido, tenemos el estándar de los catálogos de los derechos fundamentales, de las formas democráticas, del Estado de derecho, el Estado de cultura y el Estado social, y también la protección del ambiente. A ello se agregan la división de poderes en el sentido horizontal de Montesquieu, y en el sentido vertical del federalismo y el regionalismo.

Además de lo anterior, surgen nuevos procedimientos como las “comisiones de la verdad” en Sudáfrica, El Salvador y Perú; además, la acción popular de tutela en Colombia o el *ombudsman* en Escandinavia y en México. Lo antiguo puede desaparecer: como por ejemplo el Estado cerrado; la “soberanía” y, en alguna medida, también la inmunidad de los Estados se someten a revisión con vistas a los derechos humanos. Aquí resulta relevante la doctrina del derecho internacional. Si después de la guerra de Irak, y en vista de la amenaza mundial que significa el terrorismo, se somete a revisión la prohibición clásica del recurso a la violencia y la doctrina de la soberanía, tal proyecto sólo puede lograrse con sujeción a los derechos humanos. Solamente una concepción instrumental de la soberanía concebida a partir del ser humano apunta hacia el futuro, no la “soberanía del más fuerte”.

En consonancia con la naturaleza del ser humano, existen “fuentes emocionales del consenso”, como las banderas, los himnos, los días fes-

tivos, pero también fuentes racionales, como el Estado de derecho, la obligación de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, la fuerza disciplinaria del procedimiento en el Parlamento, en el Poder Judicial y en el Ejecutivo, la “buena administración”, la cual se ha consagrado incluso como derecho subjetivo en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El llamado derecho constitucional de la cultura, tal como se manifiesta, por ejemplo, en las libertades culturales, en la protección de los bienes culturales, en la relación entre Estado e iglesias, y que se hace tangible de entrada en la “*nominatio/invocatio Dei*”, forma parte del “alma” de un Estado constitucional nacional, el cual se ha vuelto más tolerante de lo que fue en su época “clásica” a través de la protección de las minorías lingüísticas. Luego, hay que distinguir entre los textos constitucionales en sentido estricto de la Constitución escrita y los textos constitucionales en sentido amplio de los clásicos como Aristóteles (por ejemplo, en materia de igualdad y justicia), Montesquieu (en materia de división de poderes) y de Hans Jonas (en materia de protección al ambiente) como imperativo categórico, en el sentido de Kant, que se extienden en el tiempo y hacia todo el mundo: “¡actúa de tal manera, que el *mundo futuro* subsista en consonancia con la dignidad humana!” El derecho internacional del ambiente ha encontrado una fórmula adecuada en el concepto de “*sustainable development*” (“desarrollo sustentable”).

Desde mi punto de vista, el método adecuado para abordar al Estado constitucional es el de la ciencia cultural: inclusión de los cambiantes contextos culturales de las Constituciones, la Constitución como cultura, la libertad como libertad cultural, etcétera. Aquí corresponde también el concepto abierto y pluralista de cultura (palabra clave: “alta cultura”, “cultura popular”, subculturas y culturas alternativas). Por lo demás, hay que recordar la conveniencia de atenuar el debate alrededor de la llamada concepción “correcta” de la Constitución. Dependiendo del grupo de artículos y del conjunto normativo, la Constitución es unas veces “límite” y “facultamiento” para el poder, en otras, “norma y tarea”, en otras más, “marco y detalle”, en algunas más, garantía de un proceso vital libre, o “proceso público”, por no mencionar más que algunos conceptos de la doctrina alemana. Por ello se ha hablado de una “concepción multifuncional de Constitución”, aunque no debería instrumentalizarse la cultura.

2. Uniones regionales de Estados: el ejemplo de Europa

El concepto de “unión de Estados” (*Staatenverbund*) se debe al Tribunal Constitucional Federal alemán (sentencia sobre el Tratado de Maastricht, 1993, E 89). Es un concepto debatible y, desde mi punto de vista, debiera sustituirse por el de “comunidad constitucional” de la Unión Europea (UE). Sin embargo, en mi opinión también, el término de “unión de Estados” puede ser apropiado en relación con comunidades regionales menos densas. En el caso de la estrecha integración europea, es más conveniente hablar de “Constituciones parciales”: así, son una Constitución parcial el Tratado de Maastricht/Amsterdam/Niza (1992/1997/2000) hasta la Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000), que ya rige (anticipadamente) como *soft law*. La Convención Europea de Derechos Humanos (1950) representa también otra Constitución parcial en la Europa en sentido amplio.

En la Unión Europea estamos asistiendo a la transición de las conferencias intergubernamentales hacia el “método de la convención”, lo que es una transformación cualitativa (concepto clave: del tratado hacia la Constitución), aunque resulte doloroso el retroceso que significa el fracaso de la cumbre europea del 13 de diciembre de 2003. El pacto de estabilidad en los Balcanes (desde 1999), en cambio, ofrece motivos para la esperanza.

El término de “unión de Estados” también es aplicable en otras regiones del mundo que luchan, con grados de diversa intensidad en los continentes respectivos, por lograr una comunidad. Se refiere a una cooperación especialmente estrecha entre varios Estados: en el ámbito interno en materia de derechos fundamentales, protección común del ambiente y economía; desde el punto de vista organizativo a través de una jurisdicción común, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece el Pacto de San José. El “Mercosur” en el sur y la zona de libre comercio en el norte (TLCAN) también forman parte de este esfuerzo. Los instrumentos para tal efecto son las cláusulas sobre cooperación transfronteriza, tal como el inciso 1)a del artículo 24 de la Ley Fundamental alemana y, sobre todo, el derecho constitucional nacional orientado hacia las tareas comunitarias, como lo es el “derecho constitucional nacional sobre Europa” (así el artículo 23 de la Ley Fundamental, o el artículo 7o., incisos 5 y 6 de la Constitución de Portugal), o las cláusulas sobre la unidad latinoamericana. En este ámbito hay todavía mucho en

proceso de surgimiento. Sin embargo, ya se observa cuán justificado está el término de “Estado constitucional cooperativo” (1978). Si añadimos la posibilidad y la realidad (parcial) del “derecho constitucional común americano”, es posible considerar el concepto de “uniones regionales de Estados” como un “producto” nuevo propio, común a varias regiones del mundo. Al respecto queda abierta la cuestión de si el islam tendrá la fuerza para desarrollar un “derecho constitucional islámico común”, de si es capaz de respetar la autonomía del derecho frente a la religión, de si es capaz de garantizar sinceramente los derechos humanos (el proyecto de Constitución de Afganistán de 2003 presenta siempre en el mismo plano al Islam y a los “valores de esta Constitución”: artículos 3o., 35 inciso 1).

Habría que buscar en la historia de las ideas, la cultura y la economía, el trasfondo para el surgimiento de tales “uniones de Estados” regionales: la articulación, la búsqueda de un contrapeso contra toda “potencia mundial”, la globalización, la cual integra, gracias a la tecnología, en un mundo *único*. En todo caso, es posible decir que las Convenciones Americana (1969) y Africana de Derechos Humanos (1981) constituyen una Constitución parcial de sus respectivas regiones, al menos *in nuce*. La fe en la fuerza de una Constitución (parcial) escrita es grande también ahí, y quizá se remonte a las tres religiones del libro. La “fe” casi inocente en las Constituciones debiera, sin embargo, darnos a los juristas esperanza y motivo para el optimismo científico: a pesar de la existencia de “Estados criminales” y de numerosas dictaduras en el mundo; desde el punto de vista puramente numérico el Estado constitucional es sólo una minoría.

3. *El derecho internacional como derecho universal de la humanidad*

Aquí sólo es posible mencionar algunos conceptos clave, ya que el “derecho internacional” se encuentra todavía en fluctuación, en sentido sin duda positivo, a pesar inclusive de los retrocesos. Si bien puede no haber todavía una comunidad constitucional, sí, en cambio, una *society of communities in formation* (G. McGhee). De entrada: ¿podemos hablar de “Constitución” de la comunidad de naciones? Sin duda podemos hacerlo con A. Verdross, desde 1926, pero también con R. Binschedler, A. Ross o C. W. Jenks, quien hablaba del “derecho constitucional de las organizaciones internacionales” (*constitutional law of international orga-*

nisations). Los fundamentos del derecho internacional constituyen ya en la actualidad una Constitución parcial de la humanidad. Piénsese en la Carta de las Naciones Unidas (preámbulo de 1945: “humanidad”; véase también el preámbulo de la Convención contra el Genocidio de 1948, y antes de ella, el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del mismo año: “conciencia de la humanidad”), y en los dos pactos internacionales de derechos humanos (1966), así como en la Corte Internacional de Justicia.

Recientemente, los procesos de constitucionalización del derecho se advierten en los siguientes cambios: en la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982; en el establecimiento, por Naciones Unidas, de tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (en La Haya desde 1993), para Ruanda y Sierra Leone (2000); en la creación de la Corte Penal Internacional conforme al Estatuto de Roma (1999), el cual ha sido ratificado hasta ahora por 92 países, aunque desafortunadamente no por los Estados Unidos de América; enseguida, en la codificación de los tipos de los “delitos de lesa humanidad” y “genocidio”; en el principio del derecho universal; en la creciente protección de las minorías; en el derecho del espacio exterior; en el derecho de protección del patrimonio cultural y el ambiente; en las ONG; la OMC; el reconocimiento gradual de la posición jurídica subjetiva del ser humano (por ejemplo, en la Convención contra la Tortura de 1984, contra la Discriminación Racial de 1966, el Convenio de la Cruz Roja, la Convención de Ginebra sobre Refugiados, de 1951).

Ciertamente, el derecho internacional es un derecho en “devenir”, “débil”, “sin terminar”, y es violado con frecuencia. Pero esto no es un argumento en su contra, mucho menos en el periodo de reconstrucción después de la guerra de Irak. La comunidad internacional no puede caer aquí en la tentación de contribuir, consciente o inconscientemente, al renacimiento de la fórmula schmittiana del estado de excepción. Si la “guerra mundial contra el terrorismo” requiere nuevas estrategias preventivas, una nueva concepción de la prohibición del uso de la fuerza, un concepto de soberanía definida instrumentalmente en razón del ser humano, entonces la presunta legitimación derivada de un estado de excepción indeterminado no es la que debe orientar la elaboración teórica, sino que una vía transitable se abre solamente gracias a las estructuras constitucionales y la responsabilidad asumida por la comunidad internacional. La doctrina del ataque preventivo, desarrollada a partir del estado de

excepción, sería el fin; en cambio, la prevención en el marco de una doctrina de la soberanía radicada en los derechos humanos es el *futuro constitucional* de la comunidad internacional.

Sin embargo, lo más importante es que el derecho internacional no es ya simplemente el derecho de los Estados y los pueblos (“derecho entre las soberanías”), sino que es un “derecho de la humanidad”, que confiere protección a todos los seres humanos, uniéndolos de manera pacífica, y que tienen en ellos y en los derechos humanos su punto último de imputación. La “unidad del género humano” existe, a pesar de todas las diferencias, y ello se anuncia también en el concepto de “derecho internacional humanitario” y de “patrimonio cultural de la humanidad”. El derecho internacional existe, lo mismo que el Estado, “en razón del ser humano”. El “espacio público mundial”, que muchas veces existe sólo de modo puntual y como “estado de ánimo”, hace su contribución a la fuerza normativa de todos los principios del llamado “derecho internacional”, a pesar de todos los errores que pueda cometer. De este modo, el “derecho de la humanidad” puede ser considerado plenamente como tercera unidad en la triada de mi ponencia: escasamente denso en la intensidad de las normas; débil en su efectividad frente al derecho constitucional nacional y el derecho de las uniones de Estados regionales, pero de tendencia normativa y eficaz. Ciertamente, la “alegría por el descubrimiento” en términos de la triada aquí propuesta no debe ser prematura. En el apartado que sigue hay que preguntarse por las “convergencias”, pero también las “divergencias” de las tres estructuras o campos de nuestra triada.

III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS, CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

Esta segunda parte se ocupa de las similitudes y diferencias entre los tres “sistemas” (si así se quiere) o estructuras jurídicas en los planos nacional, regional y universal. Se trata de clarificar su relación mutua, sin querer construir, arrogantemente, una “superestructura”, unos “niveles” o un “techo”. Al respecto haría falta una “nueva escuela de Salamanca”, un “nuevo” Kant (verde) y un Goethe de hoy. Deberíamos sentirnos como enanos, pero enanos capaces de ver aquí y allá, porque nos encontramos “a hombros de gigantes”, un poco más lejos que ellos. Precisamente la evolución histórica del Estado constitucional vive de los clásicos, una y otra vez revitalizados, desde la antigua “literatura jurídica

universal”, como *La paz perpetua* de Kant (1795), hasta la reciente, que podría provenir de las filas de los poetas: piénsese en los dichos de B. Brecht: “Todo el poder viene del pueblo, ¿pero adónde va?”; piénsese en *El Federalista* en los Estados Unidos en formación (1787), con los cuales algunos miembros de la Convención de la UE del año 2003 gustan compararse, ¡sin razón! En suma, el Estado constitucional tiene que vincularse no sólo con las “uniones de Estados”, sino que hay que examinarlo en cuanto a las similitudes y diferencias que presenta respecto del derecho internacional como derecho de la humanidad. Algo similar ocurre con la relación entre uniones de Estados/comunidad internacional, y viceversa. Los términos clave como la protección universal de los derechos humanos, la “intervención humanitaria”, las jurisdicciones independientes en el plano nacional, regional y universal, podrían indicar las tendencias.

1. *Similitudes, convergencias*

A. *La expansión del concepto de Constitución: la liberación de la fijación en el Estado*

Hace tiempo que el concepto de Constitución se ha desvinculado de su tradicional fijación con el Estado. En Europa se habla de “Constitución” en relación con la UE (desde el Tribunal Constitucional Federal alemán hasta el Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo). Al igual que a nivel nacional, existe tanto Estado como el que constituye la Constitución. Se puede debatir si la UE constituye ya una “forma anterior” de Estado federal, pero en todo caso la Unión se funda en un conjunto de Constituciones parciales, si bien todavía bajo la forma de “tratados constitucionales” pactados. Dicho con otras palabras: el concepto de Constitución es aplicable también a las estructuras no estatales.

En relación con los “hermanos menores” de la UE, como el Mercosur y otras comunidades latinoamericanas o interamericanas (ahora incluso la “zona de libre comercio de las Américas”), podemos tener todavía dificultades en precisar, en los procedimientos y los contenidos, el proceso de constitucionalización, pero es posible identificar elementos constitucionales, como por ejemplo en relación con los derechos humanos.

El texto clásico sobre el derecho internacional es el de Verdross (1926): *La Constitución de la comunidad internacional*. La Carta de Na-

ciones Unidas (1945) y los dos pactos internacionales de derechos humanos (1966), constituyen otras tantas Constituciones parciales. En resumen: el concepto de Constitución es un elemento común de las estructuras de la “triada” postulada aquí. Sobre todo, es posible proyectar en el derecho internacional, en tanto derecho de la humanidad, las funciones particulares, ya citadas, de la Constitución: el momento de la limitación se encuentra, por ejemplo, en la prohibición del uso de la fuerza en la Carta de Naciones Unidas; la función de orientación se halla bajo la forma de los objetivos y valores fundamentales, como los de la UE, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de la Organización de la Unidad Africana; el carácter de proceso público se configura bajo la forma de requisitos de publicidad para las asambleas parlamentarias y la Asamblea General de Naciones Unidas. El carácter propio de las Constituciones nacionales como “norma y tarea” (U. Scheuner) se puede trasladar igualmente a las uniones de Estados y —de manera más débil— a los principios del derecho internacional, como por ejemplos, los “principios generales del derecho” en el sentido del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, una figura que, como se sabe, el Tribunal de Justicia Europeo ha trasladado a la comunidad constitucional de la UE, entonces Comunidad Económica Europea. Una pieza del “facultamiento del poder” se encuentra en el establecimiento de determinados órganos constitucionales o estatales, en los tres planos; esto también es una similitud. Lo que aquí denominamos “similitud” es con frecuencia una “convergencia”, es decir, una similitud que se encuentra en devenir.

Los procesos de constitucionalización en los planos regional y universal se caracterizan actualmente por su gran dinamismo. Lo que hoy es apenas una tendencia hacia la “convergencia”, puede convertirse mañana en un rasgo común: piénsese en la protección del ambiente y del patrimonio cultural, en el desarrollo de la jurisdicción internacional. El Estado no es ya el punto arquimédico del pensamiento sobre las Constituciones, ni en el plano nacional/regional como tampoco en el universal. Ya W. V. Simson hablaba del “condicionamiento supranacional del Estado”. A la inversa también se puede hablar del “condicionamiento” del derecho internacional, como derecho de la humanidad, por el Estado constitucional. Precisamente el derecho internacional así concebido, con sus normas básicas o los derechos humanos, requiere de las instancias efectivas del Estado constitucional.

B. *“Espacios públicos” diferenciados: nacional, regional, universal, el espacio público mundial*

Un segundo rasgo común se caracteriza por el término clave del “espacio público”. El espacio público fue redescubierto en la teoría constitucional nacional por R. Smend (1955), le siguió la obra fundamental de J. Habermas sobre las transformaciones del espacio público (1962), hasta que en 1969 se estableció la vinculación entre “espacio público” y “Constitución”. Como prueba de ello hay textos constitucionales expresos, como la Constitución española, que habla de “libertades públicas”. Los contextos histórico-culturales son más antiguos. La *“res-publica- res-populi”* ciceroniana lo demuestra. La relación entre bien público, espacio público, libertad pública y Constitución en la antigua doctrina europea es revivida en la actualidad, también en el plano europeo: los postulados de la publicidad se derivan de las normas del derecho constitucional de la UE (por ejemplo, publicidad del parlamento, de los informes del tribunal de cuentas, etcétera). Yo sostengo la siguiente tesis: ya existe un espacio público *europeo*, sobre todo en los ámbitos del arte y la cultura, pero de modo creciente también en la política y el derecho constitucional europeo. ¿No cabría decir o aventurar algo similar para Latinoamérica? La integración de los indígenas y la protección de su identidad, lo mismo que la protección del ambiente, resultan tangibles como cuestión común, desde Colombia y Perú hasta México y la Tierra del Fuego.

Por último, también existe, aunque puntualmente, un “espacio público mundial” (el artículo 46 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945 lo toma en cuenta, lo mismo que las sesiones de la Asamblea General de la ONU). Este espacio es ciertamente puntual, “voluble”, como la opinión pública en la que, según expresión de Hegel, reside al mismo tiempo todo lo “verdadero y todo lo falso”, pero existe: piénsese en la discusión pública crítica sobre los puntos a favor y en contra de la guerra de Irak en 2003, en los temas y campos de acción de la UNESCO y otros similares. Puede ser que el espacio público se vaya haciendo cada vez más débil en su función normativa y generadora de justicia, conforme se pasa del Estado constitucional nacional a las uniones regionales y de ahí al mundo. Sin embargo, sigue siendo un rasgo común de nuestra triada, y su convergencia es cada vez más fuerte: el espacio público y la Constitución se convierten en el “bajo general” de los tres planos.

C. Elementos constitucionales particulares

En lo que sigue se mencionan, brevemente, algunas similitudes y “convergencias” más entre las tres estructuras jurídico-constitucionales. Se trata de algunos *elementos constitucionales típicos*:

a. Los derechos humanos/fundamentales

Se trata de una similitud especialmente dinámica en su interacción en los tres planos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los pactos de derechos humanos de Naciones Unidas ofrecen a las nuevas Constituciones numerosos términos clave, por ejemplo, en Europa oriental. A la inversa, los derechos humanos internacionales y regionales se alimentan de los catálogos nacionales. Los ejemplos son legión. En materia de derechos humanos, el mundo se asemeja a un gran “taller” con intensos procesos de recepción y producción: en relación con la triada de textos, jurisprudencia y doctrina.

b. El bien común

El *bien común* es hasta ahora un elemento típico del Estado constitucional, el cual debe “determinarse” en su contenido a partir de ciertos valores constitucionales fundamentales y con base en determinados procedimientos (*salus publica ex processu*). En Europa crece recientemente la conciencia del “bien común europeo”, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo como de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo mismo que en la doctrina. En los nuevos textos y proyectos constitucionales relativos a la Constitución europea aparece también el bien común, por ejemplo, como mandato de la Comisión Europea.

Cabe plantear la pregunta de si otras “uniones de Estados” se han vuelto ya sensibles a la cuestión del bien común; me parece que en la comunidad axiológica sudamericana existen aspectos del bien común. En el plano del derecho internacional puede parecer más difícil hablar del “bien común”. Pero ya Francisco Suárez hablaba de un *bonum commune generis humani*, mientras que el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas aventura la fórmula del *common interest*. La declaración sobre las relaciones de amistad entre los pueblos (1971) se refiere incluso al *general*

welfare of nations. También corresponde aquí el patrimonio común natural y cultural, como también ciertos aspectos del derecho del mar y del espacio exterior, pero, sobre todo, la “paz mundial” (artículo 2o., incisos 3 y 6, artículos 24, 33, 39, 42, 52, inciso 1, de la Carta de Naciones Unidas). Aunque no es posible enlistar aquí los elementos particulares del bien común, al menos mencionamos aquí la función de título marco para los derechos humanos (*cf.* los artículos 12, inciso 3, 19, inciso 2, 21, así como el artículo 4o. de los pactos internacionales de derechos humanos de 1966). El bien común pertenece al programa constitucional del derecho internacional, y hoy quizá también a su “gramática”.

c. Postulados de la justicia

Postulados de la justicia, frecuentemente ligados a los componentes del bien común, son mucho más que meros “rubros a considerar”. En la doctrina del Estado constitucional, el nuevo clásico J. Rawls ha puesto nuevamente en el orden del día la cuestión de la justicia (por ejemplo, a través de su “velo de la ignorancia”). Las teorías clásicas de la justicia, desde Aristóteles y Cicerón, vuelven a estar presentes. La justicia distributiva y la conmutativa han sido prorrogadas por el *due process*; en la actualidad se agrega la cuestión de la “justicia de las generaciones” en el tiempo y el espacio: un contrato social universal imaginado, incluso con vistas a los “factores de la producción”, el trabajo, el capital, el medio ambiente y la técnica.

En la unión de Estados que es la UE existen ciertos elementos de justicia: de acuerdo con el texto, y en su desarrollo pretoriano, resultan tangibles conjuntamente en el concepto de “Estado de derecho europeo”, pero también en el fortalecimiento de la protección de las minorías; en húngaro se utiliza el buen concepto clave de la protección de las minorías como “factores formadores del Estado”. Pero, ¿qué pasa con la “justicia para el mundo? ¿Es ya “pan para el mundo”? ¿una utopía, más o menos? Los aspectos de derechos humanos son, ciertamente, directivas concretas de la justicia universal, pero existen otras, como en materia de intervención humanitaria o en los territorios bajo mandato de Naciones Unidas, como el Kosovo, pero no en una guerra preventiva (según modelo de los Estados Unidos); dolorosa sigue siendo la falta del Estado de derecho en Guantánamo. La justicia y la guerra se contradicen mutuamente. No puede haber “*bellum justum*”, la guerra justa, sino sólo la “guerra justificada”.

Al finalizar este apartado sobre las similitudes y las “convergencias” de nuestros tres “candidatos”, hay que mencionar como rubro: la cuestión de los *métodos de interpretación* paralelos: *después* de los cuatro clásicos de von Savigny (1840), ahora el quinto, el método comparativo (1989), retomado ahora por el Tribunal Constitucional de Liechtenstein; en el derecho internacional, no obstante, es posible que se encuentre en primer plano el método referido a la realidad, orientado específicamente por la práctica. ¿Quién desarrolla el derecho internacional? Quizá una “sociedad abierta de los intérpretes y configuradores del derecho internacional” (más al respecto en el incurso).

Conviene mencionar, así sea como términos clave, las analogías estructurales formales: la figura jurídica del preámbulo, que, desde el punto de vista de la ciencia cultural, se asemeja a los prólogos, las oberturas y los preludios, y es una “forma” que se presenta en el plano nacional, el regional y el universal. En el derecho internacional, por ejemplo, en materia de protección de los derechos humanos (M. Kotzur), es una forma bastante productiva: precisamente porque el derecho internacional no se encuentra tan altamente normado es que se recurre a la forma más abierta y menos densa del preámbulo. Los paralelos se encuentran en los preámbulos de las Constituciones parciales de las uniones de Estados (como la OEA o al UE); particular mención merece la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de Niza (2000). El “derecho de la humanidad” tiene a I. Kant, pero también a Goethe, como autor secreto de su preámbulo.

Finalmente, hay que tematizar el desarrollo y la formación de un *derecho constitucional común*. En el plano nacional de los Estados federales, como por ejemplo Alemania y Suiza, existe un “derecho constitucional común”. En el plano regional, sobre todo el europeo, el “derecho constitucional común europeo” fue descubierto en 1983 y desarrollado en 1991. Es posible suponer que la categoría del “derecho común” existe también en el plano universal, al menos en sus formas previas, principios emergentes en la protección del ambiente, en la constitucionalización de los ONG. ¿O es el “derecho común” una categoría superflua en el plano universal, porque el derecho internacional, en tanto derecho universal de la humanidad, es, de entrada, “general” en el sentido de “común”? En todo caso, la “educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre” (preámbulo de la Constitución de la UNESCO de 1945).

D. Incurso: ¿quién y cómo desarrolla el derecho internacional?

El siguiente “incurso” se ocupa de la cuestión de si el derecho internacional se “desarrolla progresivamente” y cómo. Que se “desarrolla” es algo que enseña un vistazo rápido a la historia del derecho internacional. Que en la actualidad es capaz de desarrollarse prudentemente es algo que exigen los políticos ilustrados (W. Schäuble). Que la concepción aquí sostenida del derecho internacional como “derecho universal de la humanidad” tiene todavía un largo trecho que recorrer. Que exige una estructuración en el tiempo y el espacio resulta evidente también. Al respecto unos cuantos conceptos clave: las afirmaciones sobre la “esencia” del derecho internacional no deben anticiparse apresuradamente a las cuestiones que todavía hay que responder. En todo caso, de las concepciones habidas hasta ahora en relación con el derecho constitucional conviene retomar algunos términos clave, como en particular la especial referencia a la práctica y la realidad (*pragmatic approach*), la (excesiva) proximidad y dependencia del poder de los Estados, la “falta de plenitud” del derecho internacional, en la medida en que carece de instancias de aplicación y ejecución equivalentes a las del Estado constitucional (palabra clave: teoría del consenso). Aquí es preciso abordar de inicio dos cuestiones: ¿quién desarrolla el derecho internacional hoy día?, que es la pregunta personal, y ¿en qué formas sucede esto?, que viene a ser la cuestión formal/material.

¿Quién participa en los procesos de desarrollo progresivo del derecho internacional? En primer plano se encontraban anteriormente los Estados soberanos, poderosos la mayoría de las veces. Pero actualmente existen otros “sujetos” que también pueden considerarse como “actores”: en el marco de las Naciones Unidas sobre todo el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, los tribunales, pero en particular la futura Corte Penal Internacional. También les corresponde un lugar a los ONG, quizá también a los despachos de abogados de alcance mundial, al final incluso al ciudadano como titular de los derechos humanos. La cuestión personal del “quién” recuerda conscientemente al paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” esbozado en 1975. A los anteriores se agregan los autores de la doctrina del derecho internacional, como ya lo preconiza el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38, inciso 1, letra d). La concepción del derecho internacional como “derecho universal de la humanidad” tiene ciertamente un largo

trecho por recorrer, a fin de convertirse en un pedazo de realidad. En este sentido no debiera subvalorarse la fuerza normativa del espacio público mundial o del regional.

¿De qué manera se realiza hoy la “actualización” del derecho internacional? Al respecto una respuesta que todavía hay que incorporar en una sistemática definitiva: además de los tratados en sentido clásico (conceptos clave: “world order treaties”, superación de la regla de los *pacta tertiis*, a los estados como “actores” del derecho internacional consuetudinario y de los tratados se agregan sobre todo los tribunales y jueces internacionales, los cuales desarrollan principios generales del derecho respecto de la humanidad representada en conjunto en la ONU (sin duda requerida de reforma), aunque quizá sólo representada parcialmente en ella. No sólo habría que remitir a los actores de la “práctica”, sobre todo a los Estados soberanos, todavía excesivamente poderosos. También los Estados pequeños tenían, y tienen, oportunidad de participar, a través de la división del trabajo en la elaboración de documentos jurídicos, en el desarrollo progresivo del derecho internacional. Lo mismo que en el ámbito interno, también en el plano del derecho internacional es necesario revisar la imagen de las “fuentes del derecho”. Se trata solamente en parte de fuentes previas, de las cuales es posible obtener lo existente ya “listo”. La práctica creativa, la interpretación, es la que permite el surgimiento y desarrollo del derecho internacional. También aquí, *law in public action*.

2. Diferencias, divergencias

A pesar de todos los esfuerzos por explorar las características comunes de los tres elementos de nuestra triada, no debe perderse de vista lo distinto, lo divergente. Precisamente porque se ha llamado por su nombre a los peligros de la globalización, de la economización sin límites, del terror, los tres ámbitos —el derecho constitucional nacional, el derecho de la unión regional de estados, el derecho de la humanidad— tienen que estructurarse habida cuenta de todas las interacciones y transformaciones, incluso relaciones de ósmosis. Para tendrán que bastar algunos términos clave.

A. Identidades de contornos propios

El Estado constitucional permanece como elemento indispensable con su propia identidad cultural. Es un “hogar” para todos sus ciudadanos,

independientemente de que éstos lo “sitúen” en el ámbito interno en el nivel federal o regional; en este sentido resulta ejemplar, desde el punto de vista cultural, el sistema de las comunidades autónomas en España. La apertura hacia las uniones regionales de Estados con diversa densidad nacional resulta indispensable por las razones apuntadas: como signo de los mandatos regionales a favor de la paz, de las asociaciones económicas y de los rasgos culturales comunes (por ejemplo, la “Europa de la cultura”). Existe una “identidad europea”, pero también una iberoamericana. La sociedad mundial (N. Luhmann), o mejor, la humanidad, es el “humus” para todos los seres humanos en el sentido de la ciudadanía cosmopolita de Kant, pero también de la “Epístola para el progreso de la humanidad” de J. G. Herder. Las ventajas de la “internacionalización” son conocidas, aunque también hay que recordar siempre las desventajas. Entre las ventajas se cuenta que la opinión pública mundial rechaza, a la larga, las dictaduras y las violaciones de los derechos humanos y que establezca tribunales para perseguir delitos de lesa humanidad (como el genocidio en Ruanda). Desafortunadamente, todavía hay bastante que hacer al respecto (por ejemplo, Liberia, Costa de Marfil). El espacio público de la Internet también puede ser de utilidad (por ejemplo, en China).

B. *Diversidad y pluralidad*

La *diversidad y pluralidad* son constitutivas de todos los ideales comunes de la humanidad en relación con la convivencia en nuestro planeta azul, tanto en lo grande como en lo pequeño. Al respecto tiene el jurista una tarea específica: como juristas, constitucionalista o internacionalista “europeo” o “latinoamericano”, es dependiente de la colaboración. Lo “externo” y lo “interno” se relativizan. Actualmente no es posible enseñar en Alemania derecho constitucional nacional sin conocer los lineamientos fundamentales del derecho constitucional europeo. En relación con el derecho internacional todavía hay un gran rezago por superar, pero sobre todo un déficit en materia teórica. Estamos esperando una nueva “Escuela de Salamanca”, quizá un Hugo Grocio latinoamericano. Aguardamos también a un Alexander von Humboldt de los juristas.

C. *Relaciones de competencia*

Existen, por supuesto, *relaciones de competencia*, que son sanas, entre las tres estructuras jurídicas, las nacionales, universales y regionales, no

obstante todas las “afinidades electivas”, en el sentido de Goethe, que puedan tener. El derecho internacional, en tanto derecho de la humanidad, debe luchar, por ejemplo, por una mejor protección de los derechos fundamentales. Europa y América tendrían que rivalizar en este tema: así como los Estados constitucionales en lo individual compiten entre sí, por ejemplo, en el campo de regionalismo/federalismo: Bélgica, Italia, y, ejemplar, España.

D. *Balance entre las estructuras del Estado constitucional, de las uniones de estados y de la comunidad mundial del derecho internacional*

En suma, hay que encontrar un *balance* entre la estructura del *Estado constitucional*, las uniones de Estados y la comunidad universal del derecho internacional. Un “Estado mundial” es cuestionable, una “mala utopía”. Lo que importa es la *convivencia* tolerante de Estados constitucionales, pueblos, culturas y religiones *diversos*. La particularidad del ser humano, en todas sus fortalezas y debilidades, exige un derecho constitucional para lo “especial”, sobre todo con vistas a las minorías de todo tipo. No hay que olvidar la lucha común contra la pobreza. El ideal de la “justicia internacional” (preámbulo I de la Convención de La Haya de 1907) no es una palabra vacía.

IV. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIÓN

Este esbozo es más que algo provisional; es un “informe de taller”, elaborado para nuestro congreso en la “casa Valadés”. Se trató de buscar inspiración en los textos clásicos, desde Aristóteles hasta J. Rawls, e inclusive H. Jonas, desde Goethe (*Literatura universal*, 1827) hasta Brecht. Pero el trabajo en el taller sólo será limpio si se respetan las reglas del oficio jurídico, tal como la sistematización sensible, la revelación indispensable de la “concepción previa y la elección del método”. Ciertamente, hay mucha más “literatura jurídica universal” que la que he citado. La Constitución como cultura, la ciudadanía cosmopolita como cultura, el “oriente y occidente” de Goethe, su “terreno septentrional y meridional”, nos regalan un marco de orientación y nos dan ánimo. Ciertamente, el proceso constituyente posee una dimensión teológica:

DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL

21

pensamos en Licurgo en Esparta y en Empédocles en Agrigento. A nosotros en la actualidad nos queda, ni más ni menos, la tarea de crear un derecho constitucional nacional, regional y universal de la dignidad humana. Los Estados constitucionales son, por así decirlo, nuestra “patria”, la cultura, nuestra “matria”. No es el *homo oeconomicus* nuestro ideal, sino el ser humano “erguido”, formado e ilustrado: “vuelta a la cultura”, como decía A. Gehlen, y no “vuelta a la naturaleza”, como quería Rousseau. La república internacional cosmopolita de los letrados puede hacer aquí y ahora su pequeña contribución a esta tarea.