

CAPÍTULO SEGUNDO. La evolución histórica. La dimensión del tiempo . . . . .	45
I. Grandes fechas y grandes personajes . . . . .	45
II. Los textos de los clásicos en la vida constitucional. Siete tesis iniciales desde la perspectiva de la ciencia cultural . . . . .	46
III. El pensamiento de las posibilidades como parte de una triada (junto con el pensamiento de la realidad y las necesidades) . . . . .	48
1. Introducción, problemática, tesis inicial . . . . .	48
2. Del pensamiento de las posibilidades (pensamiento pluralista de las alternativas) en lo particular . . . . .	49
A. Explicación del concepto . . . . .	49
B. Inventario . . . . .	50
C. Requisitos teórico-constitucionales del pensamiento de las posibilidades —límites de este pensamiento . . . . .	53
3. La integración de la realidad, las posibilidades y las necesidades en el proceso (del pensamiento y la acción) de la interpretación y la política constitucionales abiertas . . . . .	55
A. La relación de las tres formas de pensamiento entre sí (competencia y cooperación, confrontación e integración) . . . . .	55
B. La valoración de lo real, lo posible y lo necesario en el horizonte de lo normativo . . . . .	56
C. Límites . . . . .	57
IV. El Estado constitucional desde la perspectiva evolutiva; las dos dimensiones de esta perspectiva: el tiempo y el espacio . . . . .	58
1. La comparación jurídica en el tiempo: la historia constitucional . . . . .	58

2. La comparación jurídica en el espacio: comparatística contemporánea, comunidad universal de producción y recepción en materia del Estado constitucional . . .	59
V. Tiempo y cultura constitucional: instrumentos y procedimientos para el procesamiento del factor tiempo en el presente y en el futuro . . . . .	61
1. Cláusulas relativas al futuro y al progreso . . . . .	61
2. Mutación constitucional a través de la interpretación . . . . .	62
3. Votos particulares . . . . .	63
4. Mandatos al legislador . . . . .	63
5. Efectos anticipados de las leyes . . . . .	64
6. Cláusulas de experimentación y de experiencia . . . . .	64
7. Modificaciones constitucionales . . . . .	65
VI. La europeización y la internacionalización —el “Estado constitucional cooperativo”—. La visión del mundo del Estado constitucional . . . . .	66
1. La europeización del Estado constitucional . . . . .	66
A. La europeización a través del derecho europeo en sentido amplio y restringido . . . . .	66
B. El “derecho constitucional común europeo” . . . . .	67
C. “Derecho constitucional nacional de Europa” . . . . .	67
2. El Estado constitucional cooperativo . . . . .	68
A. Causas y trasfondo . . . . .	68
B. Límites y peligros . . . . .	69
C. Derecho internacional de la coordinación y la cooperación: elementos constitucionales de la comunidad de naciones . . . . .	70
D. Del Estado nacional soberano al Estado constitucional cooperativo . . . . .	73
3. La imagen del mundo del Estado constitucional: “comunidad universal de los Estados constitucionales” . . . . .	75

## CAPÍTULO SEGUNDO. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA. LA DIMENSIÓN DEL TIEMPO

### I. GRANDES FECHAS Y GRANDES PERSONAJES

Entendido como *tipo*, en un nivel medio de abstracción, y tangible concretamente en sus *variantes nacionales*, incluidos los países en desarrollo y los micro Estados, el Estado constitucional es, respectivamente, una suma parcial de filosofías políticas,<sup>62</sup> textos de los clásicos, programas de partidos políticos, saber derivado de la experiencia, incluso de las “heridas”, de numerosas generaciones, así como de utopías concretas; es también una suma parcial de procesos revolucionarios y evolutivos. Esto se hace palpable en las grandes fechas, como las de los años de 1776 (*Virginia Bill of Rights*), 1787 (*Federalist Papers*), 1789 (Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano), 1848 (Constitución federal suiza), 1849 (Convención constituyente alemana en la Iglesia de San Pablo, en Francfort), 1947 (Constitución italiana), 1948 (Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas), 1968 y siguientes (Constituciones cantonales suizas), 1976 (Constitución de Portugal), y “1989”. Se hace visible también en los textos de los clásicos; por ejemplo, en el de Aristóteles sobre la relación entre igualdad y justicia, de Montesquieu sobre la división de poderes (1748), de I. Kant sobre la dignidad humana, de J. Rawls sobre la justicia (1971), de H. Jonas sobre el “principio responsabilidad” (1964). Estos textos de los clásicos, entendidos como esencia del valor y el éxito,<sup>63</sup> transportan el desarrollo del Estado constitucional. No obstante lo abierto que pueda estar su futuro, en retrospectiva es posible aplicarle el modelo general de la evolución, a pesar

62 El volumen editado por Brugger, W., *Legitimation des GG aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, aborda algunos aspectos relativos a la LF alemana. Véase al respecto mi reseña en *AöR*, vol. 123, 1998, pp. 476 y ss.

63 Al respecto véase Häberle, P., *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

de los déficit conocidos, los peligros permanentes, también los dolorosos retrocesos y debilidades.<sup>64</sup>

## II. LOS TEXTOS DE LOS CLÁSICOS EN LA VIDA CONSTITUCIONAL. SIETE TESIS INICIALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CIENCIA CULTURAL

En varias ocasiones hemos hecho ya referencia puntual a los “textos de los clásicos”, y algunos de dichos clásicos fueron citados como tales. En este apartado formularemos siete tesis iniciales:

1. No es casualidad que los textos de los clásicos, como son los escritos de J. Locke y Montesquieu, los de Sieyès e I. Kant, incluso los de los “contraclásicos” como T. Hobbes, J.-J. Rousseau o K. Marx, influyan “fácticamente” en el proceso de formación, y más tarde de interpretación, de las Constituciones del Estado constitucional; estos textos tienen, pues, una validez de tipo normativo, legítima aunque limitada. Su validez en el contexto de las Constituciones es culturalmente específica y debe desentrañarse con auxilio de los métodos de trabajo de la ciencia cultural.

2. Mientras que los grandes nombres y los grandes textos se citan constantemente, con excesiva naturalidad e incluso “ingenuidad”, hasta donde puede verse no se ha planteado hasta ahora la cuestión de qué es lo que verdaderamente legitima su utilización en la vida constitucional: desde el proceso político, por ejemplo, un debate en el Parlamento federal sobre la noción “correcta” de la Constitución o la democracia, hasta la sentencia del Tribunal Constitucional Federal; desde un discurso solemne del presidente federal hasta las resoluciones de los congresos de los partidos. Solamente cuando tengamos presentes la amplitud y la profundidad de la materia y el proceso de la “vida constitucional”, en el sentido de la amplitud del pluralismo de los intérpretes constitucionales y la profundidad de una cultura, será posible distinguir la multiplicidad de formas en que se manifiestan los (textos de los) clásicos jurídicos. A la vida constitucional pertenecen las personas y las instituciones, detrás de las cuales se encuentran, naturalmente, siempre otras personas.

<sup>64</sup> Sobre el “Estado constitucional desde la perspectiva evolutiva”, véase Häberle, P., “Der Verfassungsstaat in entwicklungsgeschichtlicher Sicht”, *FS K. Stern*, 1996, pp. 143 y ss. Un texto clásico en esta perspectiva es el de Maine, H. S., *Ancient Law*, 1861 (nueva traducción 1997).

3. Los textos de los clásicos son “textos constitucionales” en sentido amplio, es decir, actúan como “contexto escrito” en relación con un texto constitucional que requiere ser interpretado, del mismo modo como se requieren otros medios auxiliares, en tanto métodos de la interpretación, concepciones previas (*Vorverständnisse*), teorías adicionales, otros contextos. En particular, los textos de los clásicos son fundadores de paradigmas en el sentido que da a este término T. Kuhn,<sup>65</sup> ya que designan los problemas y proporcionan aspectos parciales para su solución.<sup>66</sup> Una directriz sustantiva, como la división de poderes de Montesquieu actúa a través de su ampliación y renovación (por ejemplo, gracias a W. Kägi).<sup>67</sup> Los clásicos auxilian al “intérprete constitucional en sentido amplio”, es decir, al ciudadano, en su trato con la Constitución. Toda Constitución en un Estado constitucional tiene sus textos clásicos indispensables. La imagen del contrato social o de la “mesa de negociación” forman parte de ellos.

4. En vista de que no pocas veces los textos de los clásicos absolutizan verdades parciales, y en virtud de que las Constituciones tienen el carácter de compromiso y de que se transforman, resulta necesario preguntar constantemente por las posiciones “alternativas” a los clásicos, o por su reinterpretación, antes de intentar cualquier solución concreta a un problema. ¡Los clásicos tienen sus contraclásicos!

5. En la medida apuntada, los textos de los clásicos enriquecen la vida constitucional y constituyen un “concepto en crecimiento” (J. Kuhn);<sup>68</sup> soportan y modifican ciertos institutos del derecho positivo y sus dogmáticas altamente ligadas a la época. Los textos de los clásicos permiten la racionalización de la vida constitucional, en la medida en que se mencionan posibles peligros.

6. Los textos de los clásicos son un modo y una figura especialmente cercanos al ciudadano, por la cual éste puede conocer “su” Constitución. Una frase de Montesquieu o de J. Locke, o bien de Friedrich Schiller,

65 Kuhn, T., *La estructura de las revoluciones científicas* (1962).

66 La imagen de la “mesa de negociación” se remite quizá a la instrucción pastoral *Communio et Progressio* de 1971 del papa Paulo VI, la “Magna Charta” de la ética, la educación y la política eclesíásticas de los medios de comunicación. La mesa de negociación hizo historia universal del Estado constitucional en la Polonia de 1989. Desde entonces ha habido nuevas “mesas de negociación”, la más reciente en Albania.

67 Kägi, W., *Von der klassischen Dreiteilung zur heutigen Gewaltenteilung* (1961).

68 Lo clásico como concepto histórico en Jaeger, W. (ed.), *Das Problem des Klassischen und die Antike*, 1931, p. 112.

sobre la división de poderes o la libertad, o de G. E. Lessing sobre la tolerancia, comunican mejor al ciudadano su Constitución y le dan un fundamento más profundo que el que pueda proporcionarle un manual especializado, por importante que sea. Los textos de los clásicos convierten a las Constituciones en herencia cultural y en tarea para todos nosotros, en “posesión viva”. Son parte de nuestra imagen cultural y se almacenan en la “memoria colectiva” de nuestro pueblo. En la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales determinamos en última instancia todos nosotros, incluso en la sucesión de las generaciones, quién es un clásico o se convierte en tal. Nosotros somos el sujeto de referencia de los clásicos.

7. Los textos de los clásicos, es decir, las obras políticas, jurídicas y constitucionales de los grandes escritores, son una forma de comunicación de la experiencia y, fundadas antropológicamente, se encuentran también abiertas en la dimensión temporal. La calidad de clásico no es exclusivamente retrospectiva, sino que tiene también futuro. No existe una sociedad cerrada de los clásicos en el Estado constitucional.

### III. EL PENSAMIENTO DE LAS POSIBILIDADES COMO PARTE DE UNA TRIADA (JUNTO CON EL PENSAMIENTO DE LA REALIDAD Y LAS NECESIDADES)

#### 1. *Introducción, problemática, tesis inicial*

El pensamiento y la acción constitucionales están obligados a analizarse a sí mismos una y otra vez, a fin de investigar sus posibilidades y sus límites, las oportunidades y peligros que existen para su “causa”, que es el orden fundamental de libertad y democracia en consonancia con la dignidad humana. A ello se dirigen las siguientes reflexiones. El pensamiento de las posibilidades (*Möglichkeitsdenken*), situado en el marco de la realidad y las necesidades, debe ser examinado de manera más central para la teoría constitucional de lo que ha sido hasta ahora, a saber, con base en ejemplos sacados de la legislación, la administración, la jurisprudencia y la política, así como en otros provenientes de la dogmática o el periodismo, es decir, ejemplos tomados de la vida pública y de la realidad de una Constitución viva. El pensamiento de las posibilidades podría ser relativamente desconocido como problema de la teo-

ría constitucional. Por el contrario, el pensamiento de la realidad es casi popular (por ejemplo, mediante referencias al “imperativo de los hechos”). A H. Lenz debemos el concepto del “hombre de la realidad”. El pensamiento de las necesidades adopta una posición intermedia (que se encuentra presente en la “prohibición del exceso” [“*Übermaßverbot*”] y que hoy se vuelve especialmente relevante para la cuestión de cuáles sean las tareas “necesarias” del Estado, claro está que sujetas a la reserva de lo posible). Las tres formas de pensamiento son indispensables en el Estado constitucional.

## 2. *Del pensamiento de las posibilidades (pensamiento pluralista de las alternativas) en lo particular*

### A. *Explicación del concepto*

El pensamiento de las posibilidades es el pensamiento *de* y *en* las alternativas. Sin embargo, no se le denomina “pensamiento de las alternativas” porque es frecuente asociarlo con el razonamiento en términos de “esto o lo otro”,<sup>69</sup> que se apoya en posibilidades que se excluyen mutuamente. Por el contrario, el pensamiento de las posibilidades debe estar tan abierto hacia terceras y cuartas posibilidades como hacia los compromisos. Si bien es posible llevarlo retóricamente a una fórmula de “esto o lo otro” (“*Entweder-Oder*”), no hay que absolutizarlo al grado de que no admita ninguna alternativa, ya que el pensamiento de las posibilidades es un razonamiento inquisitivo. Es la búsqueda de lo que es *también* posible, preguntando: “¿qué podría ocupar el lugar de lo que es?” En la *res publica* del Estado constitucional hay un *ethos* jurídico específico del pensamiento mediante alternativas, de la búsqueda de alternativas, que incluye la mirada hacia la realidad y las necesidades, sin dejarse gobernar por ellas. El pensamiento de las posibilidades se hace tanto más necesario cuanto más elabore la ciencia del derecho constitucional conceptos fundamentales como espacio público, tolerancia, pluralismo, derechos de las minorías, representación de intereses no organizados, derechos fundamentales sociales y culturales.

<sup>69</sup> Sobre los diversos significados del concepto de alternativa, *cfr.* Rödig, J., *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 99 y ss.

El pensamiento de las posibilidades como razonamiento de las alternativas se hace especialmente evidente a partir del racionalismo crítico.<sup>70</sup> Podemos encontrar además elementos más recientes del pensamiento clásico de las posibilidades en R. Musil<sup>71</sup> y E. Bloch. Esto lo demuestra no sólo el temprano concepto de “pensamiento fabulador” en Bloch (1930), sino sobre todo su “principio esperanza”, bajo el apartado “hacer realidad la posibilidad”.<sup>72</sup> En la teoría de sistemas se define la contingencia, en el sentido de la tradición de la teoría modal, como “posibilidad no necesaria”.<sup>73</sup> El concepto de contingencia de N. Luhmann representa una clara referencia al pensamiento de las posibilidades. O. von Bismarck se refería a la relevancia de este pensamiento en su frase sobre la política como “arte de lo posible” (¡pero también la política se refiere a lo necesario!).

## B. *Inventario*

En un orden jurídico pluralista y abierto de la libertad existe un amplio espectro de formas diversas que han sido institucionalizadas jurídicamente como alternativas. Estas formas abren espacio a las decisiones, a la libertad individual y a la razón general. Presuponen, en lo posible, comunicación sin violencia, en el sentido de J. Habermas.

a) El pensamiento de las posibilidades no se introduce en la Constitución desde afuera o desde arriba. La noción de Constitución de U. Scheuner como “proyecto”<sup>74</sup> apunta hacia el pensamiento de las posi-

<sup>70</sup> Enfatiza que siempre vale la pena “*buscar alternativas*, otras teorías que posiblemente sean mejores...” (subrayados en el original): Albert, H., *Traktat über kritische Vernunft*, 1968, p. 49. La “dogmatización” revela su “función protectora” a través de la “difamación de las alternativas”, *ibidem*, p. 97.

<sup>71</sup> Musil, R., *Der Mann ohne Eigenschaften*, 1970-1972, p. 16: “Empero si existe el sentido de la realidad, y ninguno dudará que tiene su derecho a existir, entonces debe haber algo que podamos llamar sentido de las posibilidades... Así podría definirse el sentido de las posibilidades como la capacidad de pensar todo aquello que también podría ser, y de no dar a lo que existe mayor importancia que a lo que no es”. Sobre la historia del concepto de posibilidad, véase Hartmann, N., *Möglichkeit und Wirklichkeit*, 1937, 2a. ed., 1949.

<sup>72</sup> *Das Prinzip Hoffnung*, vol. 1, Suhrkamp, 1974, pp. 284 y ss.

<sup>73</sup> Luhmann, N., en Habermas, J. y Luhmann, N., *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971, p. 310. La contingencia se define como “categoría heurística, estratégica y comparativa” que mantiene abierto el acceso a otras posibilidades. Cfr. Luhmann, N., “Soziologie als Theorie sozialer Systeme”, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1967, pp. 615 (637).

<sup>74</sup> Scheuner, U., voz “Verfassung”, *Staatslexikon*, vol. 8 (1963), col. 117 (118).

bilidades. La multiplicidad de las distintas Constituciones posibles es lo que confiere su importancia a disciplinas como la teoría y la comparación constitucionales. Esto significa que el pensamiento mediante alternativas que aquí se propone no está solamente orientado hacia el futuro, pues dejar fuera las posibilidades y experiencias de la historia constitucional estrecharía la visión. Precisamente en el “tesoro de la historia” hay material para la solución de problemas que ha sido frecuentemente olvidado y desplazado por la posibilidad hecha realidad. Pero hay también renacimiento y regeneración de las disposiciones constitucionales. Un ejemplo lo ofrecen los derechos fundamentales sociales en las Constituciones de los *Länder* a partir de 1945,<sup>75</sup> y en general su derecho constitucional de la cultura, así como los deberes fundamentales. La idea de hacer posibles las alternativas subyace especialmente al procedimiento de enmienda constitucional: ¡el artículo 79, incisos 1 y 2, de la LF, y normas análogas en otros países, constituyen la más audaz institucionalización de las alternativas en la comunidad política! En la dogmática de los derechos fundamentales se ha vuelto necesaria la “reserva de lo posible” en la dimensión de la participación.<sup>76</sup>

b) Mantener abiertas las posibilidades dentro del orden constitucional vigente es un contenido central de importantes principios jurídico-constitucionales. La democracia que no se funda en la idea de una voluntad popular única y “verdadera” en el sentido de Rousseau, debe dar oportunidad a la *minoría*, como *alternativa a la mayoría*, de convertirse ella misma en mayoría. Según K. Hesse, la democracia consiste en iniciativas y alternativas pluralistas.<sup>77</sup> En las teorías norteamericanas, la democracia se identifica prácticamente con el pluralismo y la competencia.<sup>78</sup> La apertura hacia las alternativas debe existir efectivamente, por lo que en este punto los ordenamientos democráticos han de someterse continuamente a la crítica. La apertura a las alternativas puede peligrar por las cláusulas

<sup>75</sup> Al respecto, Beutler, B., *Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1945*, 1973, y mi reseña en *AöR*, vol. 100, 1975, pp. 520 y s.; Mangoldt, H. V., *Die Verfassungen der neuen Bundesländer*, 2a. ed. 1997; Starck, Ch., “Die Verfassungen der neuen Länder”, *HdbStR*, vol. IX (1997), pp. 353 y ss.

<sup>76</sup> Al respecto véase Häberle, P., “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, vol. 30, 1972, pp. 43 (107, 139 LS 40); BVerfGE 33, 303 (333).

<sup>77</sup> Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed. 1995, p. 62.

<sup>78</sup> Al respecto véase Narr, W.-D. y Naschold, F., *Theorie der Demokratie*, 1971, pp. 137 y ss., 205 y ss., y Scharpf, F., *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970, pp. 29 y ss.

del 5%<sup>79</sup> o por un modo determinado de financiamiento de los partidos,<sup>80</sup> por la “tecnestructura” (M. Duverger),<sup>81</sup> por la desigualdad de oportunidades económicas y por la consolidación de posiciones elitistas. Incluso resulta necesario preguntarse si la idea experimental de la democracia, que convierte en principio la revisión de los pequeños pasos, no excluye alternativas *más fundamentales*.

Los derechos fundamentales constituyen también un vehículo y una reserva de alternativas e innovaciones, sobre todo ahí donde hacen posible la “democracia pluralista” (*cfr.* el preámbulo de la Constitución de Gabón de 1994): los artículos 4o., 5o., incisos 1 y 3, 7o., inciso 4, 9o., incisos 1 y 3, de la LF. Los típicos derechos fundamentales “a” las alternativas son aquellos que garantizan una posibilidad de elección: la libertad del sufragio (artículo 38, inciso 1 frase 1, de la LF), la libertad de elección de la profesión, del puesto de trabajo, de la institución educativa (artículo 12, inciso 1, frase 1, de la LF); también podría designarse al artículo 11, inciso 1, de la LF como derecho fundamental a elegir libremente el lugar de estancia.

Libertad no es sino otra palabra para las alternativas, dondequiera que aparezca constitucionalmente; en las libertades fundamentales (incluyendo la libertad económica); en la libertad creadora del legislador y la administración, pero también del juez, en la libertad de fundar partidos. Libertad significa esencialmente posibilidades.

c) De entrada parece banal la constatación de que en el plano de la legislación existe la posibilidad de varias alternativas. Las leyes “correctas” solamente pueden deducirse de manera parcial de la Constitución y de la “realidad”; tampoco son siempre expresión de las “necesidades”, el legislador tiene libertad de crear. Las alternativas no existen *per se*; la legislación no es solamente un acto de selección, sino que más bien es necesario organizar procedimientos que sirvan a la formulación de alternativas que aumenten el margen de las posibilidades. La

<sup>79</sup> Forsthoﬀ, E., *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 87; al respecto véase también Häberle, P., “Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische ‘Gesellschaftslehre’?” *ZHR*, vol. 136, 1972, pp. 425 (431 y s.); Grimm, D., “Politische Parteien”, *HdbVerfR*, 2a. ed., 1994, pp. 599 (627 y s.). [La cláusula citada hace referencia al umbral de votación que un partido debe alcanzar en Alemania para tener derecho a representación en el Parlamento Federal. N. del T.]

<sup>80</sup> *Cfr.* Hesse, K., “Die verfassungsstaatliche Stellung der politischen Parteien”, *VVDStRL*, vol. 17, 1959, pp. 11 (37, nota 69): “Premio a la posesión del poder político”; véase más tarde BVerfGE 41, 399 (411 y ss.; sentencia Daniels); E 85, 264.

<sup>81</sup> Duverger, M., *Demokratie im technischen Zeitalter*, 1973, pp. 149 y ss.

deliberación parlamentaria de las leyes debe tener esta función, por lo que aquí son importantes las garantías de su publicidad.<sup>82</sup> Es necesario que en el procedimiento legislativo se desarrollen más los “métodos de la invención” que hacen posible “la obtención de ocurrencias para encontrar nuevas soluciones a los problemas”.<sup>83</sup> El legislador debería en cierto modo poder experimentar con alternativas. En la medida que no apruebe la ley misma como experimento, o incluya cláusulas experimentales, puede considerar al derecho comparado como prueba de diversas posibilidades. La “audiencia” legislativa, una forma de la pluralización del derecho,<sup>84</sup> tiene por objetivo no sólo la obtención de material fáctico, sino que es también un “*test*” de las reacciones de los círculos afectados a las distintas alternativas de la regulación.<sup>85</sup>

d) Las alternativas como posibilidades del pensamiento en el proceso jurídico se vuelven relevantes en el proceso de la interpretación, en la elección de métodos. Esto quedó comprobado, de diversas formas, en el debate sobre el pensamiento tópico como “fuerza productiva de la interpretación”. La tópica busca los posibles criterios de interpretación. El voto particular en los tribunales constitucionales es la manifestación, institucionalizada procesalmente, de la idea de que las normas jurídicas dejan abiertas diversas posibilidades y alternativas de interpretación, y de que la alternativa que hoy se escoge no puede excluir otras alternativas en el futuro.

### *C. Requisitos teórico-constitucionales del pensamiento de las posibilidades —límites de este pensamiento*

El pensamiento jurídico de las posibilidades y las alternativas (pluralistas) no es un fin en sí mismo, sino que se trata de un medio para mantener y recrear la libertad de la comunidad, para lograr el equilibrio justo y razonable de los intereses, la conservación de la Constitución en

82 Sobre tales garantías, véase Häberle, P., *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 103 y s.

83 Noll, P., *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 113. Cfr. también la referencia de la p. 114 a la “*ars combinatoria*” de Leibniz como “*ars inveniendi*”.

84 Sobre las leyes del pluralismo véase Häberle, P., “Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat”, en *FS Küchenhoff*, 1972, pp. 453 (465, 472 y s.).

85 Hopt, K., “Finale Regelungen, Experiment und Datenverarbeitung in Recht und Gesetzgebung”, *JZ* 1972, pp. 65, 69.

el tiempo, el desarrollo de la *res publica del ser humano y para el ser humano*. Los pensamientos de la realidad y de las necesidades guardan al pensamiento de las posibilidades frente las utopías que buscan la salvación en el futuro y descuidan el presente. El pensamiento de las posibilidades es un medio para acceder al potencial innovador de las normas jurídicas (o para crear normas nuevas). Claro está que las normas jurídicas también imponen límites al pensamiento de las posibilidades, los que se examinarán más adelante. Precisamente en la *res publica* democrática el pensamiento de las alternativas seguirá siendo realista y estará dispuesto al compromiso en virtud de la protección que corresponde a las minorías. Es muy posible que el pensamiento de las posibilidades conduzca, a fin de cuentas, a la confirmación de lo ya probado, por ejemplo, para argumentar que una interpretación alternativa es insostenible por los costos excesivamente altos que traería por consecuencia. Tal pensamiento es *evolutivo*, no *revolucionario*, en el sentido admitido aquí. La virtud democrática del “esto pero también lo otro” (“*Sowohl-Als-Auch*”), como expresión de la tolerancia y el pluralismo, debe seguir siendo directiva para el pensamiento de las alternativas. El pensamiento en términos de “esto o lo otro” puede ser una forma de intolerancia intelectual, porque amenaza con bloquear la vía del equilibrio del “esto, pero también lo otro” y, por lo tanto, para el compromiso democrático, del cual debería ser etapa previa. En esta medida, el pensamiento de las posibilidades y las alternativas es una manifestación específica del racionalismo crítico, con su postulado de la falsabilidad, de las “*conjectures and refutations*”. El pensamiento de las posibilidades presupone apertura de la Constitución, del Estado, de la sociedad, del pensamiento, y crea al mismo tiempo dicha apertura. Su padrino es el racionalismo crítico, el pensamiento liberal (transformado) en alternativas. Donde sea necesario, hay que cuestionar paso a paso las “alianzas sagradas” de lo existente y sobre lo existente. Una teoría constitucional de la “sociedad abierta” vive de este pensamiento realista de las posibilidades. Así, por ejemplo, a través de las garantías de los derechos fundamentales, en especial en los ámbitos económico y artístico, se institucionalizan numerosas posibilidades (¡incluso utopías concretas!).

Así puede hablarse de la fuerza del pensamiento de las posibilidades (y de las necesidades y la realidad) que abren las normas jurídicas. El

pensamiento jurídico de las posibilidades es expresión y consecuencia, presupuesto y límite, de la interpretación constitucional abierta.

### 3. *La integración de la realidad, las posibilidades y las necesidades en el proceso (del pensamiento y la acción) de la interpretación y la política constitucionales abiertas*

#### A. *La relación de las tres formas de pensamiento entre sí (competencia y cooperación, confrontación e integración)*

La tesis es la siguiente: el contenido, la validez y el cambio de las normas jurídicas, pero también sus límites, sólo pueden desentrañarse plenamente a través de la triada abierta del pensamiento de las posibilidades, la realidad y las necesidades. Y estas tres formas del pensamiento también actúan conjuntamente en la creación de las normas. Existen relaciones de competencia, pero también, y ante todo, de cooperación. La dosis “correcta” de los estilos de razonamiento se convierte en problema del pensamiento jurídico.

Desde un punto de vista analítico, la cooperación entre los pensamientos de las posibilidades, la realidad y las necesidades tendrían que proceder “uno tras otro”. Primeramente hay que investigar la realidad, después hay que buscar las posibilidades alternativas; éstas deben ser valoradas, a fin de poder identificar las necesidades. Desde este punto de vista, no se trata de *estilos* sino de *etapas* del pensamiento que se suceden unas a otras. Por lo tanto, se presupone una separación estricta de los modos de pensamiento que ocurren en cada una de las etapas, la cual difícilmente puede sostenerse en la práctica. Si, por el contrario, se escoge un enfoque, basado en las más recientes reflexiones sobre la tónica, entonces se advierte que no hay sucesión lineal de pasos, sino una relación, de múltiples dimensiones y de alta complejidad, de conjunción, cooperación y contradicción. La “relación de mezcla” entre los estilos de razonamiento habrá de ser distinta, dependiendo de la función de que se trate: la “política”, la legislación, la jurisdicción, la administración, y los diversos acentos son una característica de la distinción (¡no separación!) de las diversas funciones del Estado. La combinación jurídico-funcional de los diversos modos de pensamiento y su organización se convierten en problema central de una teoría constitucional de la práctica.

Las tres formas del pensamiento se limitan mutuamente. Así, por ejemplo, el pensamiento de la realidad previene a la dogmática del predominio del pensamiento derivado del *status quo*, pero también de su extremo contrario, las ideologías de la transformación.<sup>86</sup> La concepción de la Constitución, como teoría constitucional referida destacadamente a la práctica y guía de una “buena” interpretación constitucional, especialmente dispuesta al compromiso, despliega su fuerza directiva con relación al proceso de la confrontación e integración de los resultados, mejor dicho, de los resultados provisionales de los tres pasos del pensamiento. Producen selección a través de la proyección de objetivos, “recogen” el material de los tres pasos del pensamiento, establecen acentos entre ellos, lo cual pueden realizar porque la triada se mantiene abierta, su integración es “floja” y el “paralelograma de las fuerzas” de las posibilidades y necesidades, que frecuentemente son en sí antagónicas, se mantiene flexible gracias a la acción de los objetivos normativos. Del “conjunto de las posibilidades” hay que escoger aquellas que llevan a la realidad “existente” a un mejor desarrollo y que evitan los peligros de un retroceso hacia una realidad más mala. Por tanto, la colaboración de los tres pasos del pensamiento presupone “insumos y preceptos” (el “*input* normativo”).

### B. *La valoración de lo real, lo posible y lo necesario en el horizonte de lo normativo*

Aquí se plantea la pregunta crucial: en vista del pensamiento jurídico sobre la realidad, las posibilidades y las necesidades, ¿dónde queda lo propiamente normativo? ¿Acaso se disuelve? ¿O no es más bien que hasta ahora ha quedado empobrecido y reducido por no haber sido situado consecuentemente, *ab initio*, en el horizonte de lo posible, lo real y lo necesario? La respuesta es que lo normativo, el deber ser, no se “pierde” en la triada de las posibilidades, las necesidades y la realidad. De entrada, el pensamiento de las posibilidades, las necesidades y la realidad no puede ser aplicado de manera “independiente” frente la norma jurídica. Se trata de la “valoración” de lo real, de las posibilidades y de la incorporación de lo necesario; se trata de una tarea de delimitación

<sup>86</sup> Véase la opinión crítica de Lerche, P., “Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum”, *FS Maunz*, 1971, pp. 285 (289 y ss.).

a partir de lo normativo. ¡No es que la realidad, las posibilidades y las necesidades existan sin valoración y sin supuestos previos! Sería ilusorio suponer que una “buena” política constitucional podría ser la resultante de factores que no contuvieran ya el “*input*” normativo que determina el “buen” resultado. Las valoraciones ya están en juego, incluso cuando se trata de diagnosticar empíricamente la realidad, y aun tratándose de las posibilidades libres, “desencadenadas”, frente a toda norma. Y la renuncia, tan amplia como sea posible, a la apresurada limitación normativa de las posibilidades, hasta llegar a lo “absurdo”, debe liberar la fuerza productiva e innovadora del pensamiento de las posibilidades. Finalmente, el pensamiento de las necesidades, concebido “realistamente”, se funda siempre en objetivos y “datos” normativos; lo que hay que hacer es sacarlos a la luz.

### C. Límites

En relación con el problema de la normativización, hay que ver también los límites que la norma jurídica impone a los tres estilos de pensamiento: la selección que hace la norma consiste en que pretende precisamente excluir ciertas posibilidades “malas”; en que pueda imponerse incluso contra las “necesidades del bien común”, la “razón de Estado” y conceptos similares, por presuntamente urgentes que sean; en que se oponga a una determinada realidad pública “mala”. Aunque la triada mencionada “abra” a las normas jurídicas, en la misma medida hay que tener presentes los límites del proceso. Las normas jurídicas tienen que enfrentarse y afirmarse contra realidades, posibilidades y necesidades determinadas. La relación es ambivalente, pero fructífera. Sin pensamiento de la realidad, de las posibilidades y las necesidades, sin su *confrontación* e *integración*, no existe una adecuada interpretación y desarrollo de las normas jurídicas en la libertad, así como tampoco hay creación de tales normas en procedimientos libres. Pero sin normas jurídicas no es posible el pensamiento jurídico de las posibilidades, las necesidades y la realidad. Las normas son, por tanto, el vehículo de un pensamiento *tridimensional* y como tales resultan imprescindibles.

#### IV. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA EVOLUTIVA; LAS DOS DIMENSIONES DE ESTA PERSPECTIVA: EL TIEMPO Y EL ESPACIO

##### 1. *La comparación jurídica en el tiempo: la historia constitucional*

La “evolución” corre, por un lado, en la “vía” o la “escala” temporal. En este sentido se ha formado, respecto del Estado constitucional, una disciplina científica propia, la “historia constitucional”, la cual se encuentra presente hoy en las grandes obras de E. R. Huber,<sup>87</sup> O. Kimminich,<sup>88</sup> D. Willoweit,<sup>89</sup> y M. Stolleis.<sup>90</sup> Ciertamente, esta disciplina no ha podido todavía fijar de manera “clásica” su objeto y sus métodos, del mismo modo como lo ha logrado la “historia del derecho privado moderno” de un F. Wieacker,<sup>91</sup> la cual contiene también elementos de la constitución de la libertad,<sup>92</sup> pero tal vez esto no sea siquiera posible. E. R. Huber tiene la esperanza,<sup>93</sup>

de al menos ofrecer un reflejo de qué modo el ser real todavía no configurado y la estructura ordenada de las instituciones del derecho del Estado y de las normas; de qué manera las grandes corrientes de las ideas y la agitada marea de los intereses; cómo la subjetividad de las fuerzas actuantes y la objetividad del espíritu de una época que se realiza a sí mismo en la lucha, plena de crisis, por la Constitución, se encuentran inseparablemente ligadas, pero no sin que no puedan distinguirse.

Este autor sostiene un “concepto sustancial de Constitución”<sup>94</sup> y se propone una “historia constitucional de toda Europa” (intención parcialmente satisfecha por H. Hattenhauer).<sup>95</sup> M. Stolleis<sup>96</sup> habla de la “transformación evolutiva” y ocasionalmente “revolucionaria” de las reglas

87 *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 1, 1957, 2a. ed., 1967, hasta vol. 7, 1984.

88 *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1970.

89 *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3a. ed., 1997.

90 *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. I, 1988, vol. II, 1992.

91 1952, 2a. ed., 1967.

92 Cfr. pp. 621 y ss.

93 Prólogo, vol. I, p. VII.

94 Vol. II, prólogo, p. VII.

95 *Europäische Rechtsgeschichte*, 1992.

96 Vol. I, p. 43.

jurídicas “que constituyen a la comunidad y que ordenan la relación interna entre gobernantes y gobernados, así como las relaciones externas con otras comunidades”, y pide una “analogización”, es decir, la constatación de similitudes entre el ahora y el entonces.<sup>97</sup> Se trata pues de una comparación en el tiempo, a través de la cual podemos reconstruir “procesos evolutivos” (*Entwicklungen*), explicar lo nuevo y lo otro como cosas diferentes. Toda lucha por elaborar una historia constitucional se revela como comparación en el tiempo, como extensión de lo próximo hacia lo lejano: del Estado constitucional nacional hacia el Estado constitucional regional europeo, y desde ahí hacia procesos evolutivos universales, según la época. En lo particular, la reconstrucción de la evolución histórica (constitucional) es sin duda difícil, ya que “concepción previa (*Vorverständnis*) y elección del método” se encuentran históricamente condicionadas.

## 2. La comparación jurídica en el espacio: *comparatística contemporánea, comunidad universal de producción y recepción en materia del Estado constitucional*

La comparación jurídica en el espacio es la “otra” dimensión —correlativa del derecho comparado en el tiempo, es decir, de la historia— que nos permite “perseguir” los procesos evolutivos. Tiempo y espacio son dos las dimensiones correlativas, “hermanas”, que requiere la comprensión histórico-evolutiva del Estado constitucional. Aquí podríamos invocar, o no, al “Parsifal” de Richard Wagner (“Aquí se torna en espacio el tiempo”), pero lo que sí hace falta es una teoría constitucional del espacio.<sup>98</sup> Con ello no queremos proponer un retorno a las funestas ideologías del espacio de la época nazi; por fortuna, después de su “Ser y tiempo” (1927), M. Heidegger no escribió un libro con el título “Ser y espacio”. Más bien se trata de reconocer que los procesos de desarrollo del Estado constitucional en última instancia solamente pueden entenderse si se toma en cuenta el espacio, hoy Europa o incluso el mundo. No es sólo a partir de 1989 que podemos observar procesos de producción y recepción en materia del Estado constitucional a través del espacio

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>98</sup> Al respecto, Häberle, P., *Kulturpolitik in der Stadt — ein Verfassungsauftrag*, 1979, pp. 38 y ss.; *id.*, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 778 y ss.

y por encima de los continentes. Esto lo veíamos ya respecto de elementos que hoy son clásicos, como la división de poderes de Montesquieu, y su “ignición” en los jóvenes Estados Unidos de América; una recepción inversa se presenta en el “salto” del federalismo desde ese país hacia Europa. Sin embargo, a partir de 1989 es visible una comunidad de producción y recepción mundial, que abarca a Europa oriental y a partes de Asia, en la que los textos constitucionales, los paradigmas científicos, las resoluciones judiciales, se vuelven objeto de los “procesos de globalización”, es decir, son intercambiados y también “transformados”. Con ello también hay recepción de una “*realidad* constitucional”, en el sentido de que los Estados constitucionales más jóvenes convierten en conceptos y en texto lo que se ha desarrollado paulatinamente en los más antiguos. Así, Italia discute actualmente en su sistema de coordenadas, como “regionalismo cooperativo”, elementos del “federalismo cooperativo”; de este modo incorporó España, a partir de 1978, mucho de lo que se había desarrollado en el federalismo alemán. El ejemplo más espectacular de un intercambio de experiencias a través del espacio en el marco del Estado constitucional (sobre todo respecto del federalismo y la jurisdicción constitucional) lo ofrece actualmente Sudáfrica.<sup>99</sup> Esta constatación tiene consecuencias: la entronización de la comparación jurídica como “quinto método de interpretación”<sup>100</sup> (ya K. Zweigert se había atrevido a hablar de un método de interpretación “universal”), que se agrega al “histórico”. En el ámbito de los derechos fundamentales se produce su integración en el tipo del Estado constitucional, por ejemplo, a través del postulado de una “interpretación conforme a los derechos humanos” y su condensación en “principios generales del derecho”, como lo ha demostrado el Tribunal de Justicia europeo, mientras que en el plano de Europa madura la idea del “derecho constitucional común europeo”. Puesto que el “taller” del Estado constitucional se vuelve cada vez más global en el espacio (lo que se compensa en parte por nuevas fragmentaciones), las “piezas” deben ser examinadas de manera correlativamente amplia, como contraparte de la amplitud y profundidad de la investigación histórico-constitucional. El

99 De la bibliografía: Karpen, U., “Südafrika auf dem Weg zu einer demokratischen-rechtsstaatlichen Verfassung”, *JöR*, vol. 44, 1996, pp. 609 y ss. El principal manual es el de Rautenbach, I. y Malherbe, E., *Constitutional Law*, 2a. ed., 1996.

100 Propuesto inicialmente por el autor en su ensayo: “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat”, *JZ* 1989, pp. 913 y ss.

tiempo y el espacio trabajan en el tipo del “Estado constitucional” como “proyecto de desarrollo”. La metodología constitucional se hace correlativamente extensa.

En resumen: el Estado constitucional asegura su continuidad y supervivencia en el curso del tiempo a través de instrumentos y procedimientos “grandes” (de “malla gruesa”) y “finos”, en un equilibrio entre constancia y cambio. El tiempo y la cultura constitucional<sup>101</sup> constituyen un modo de existencia de este tipo. Sin embargo, aun la citada escala de procedimientos no lo hacen inmune contra errores y desviaciones, como tampoco lo está ninguna obra humana. Sin embargo, en el marco de una “*teoría de la Constitución como ciencia cultural*”, el Estado constitucional se “conecta” de manera diferenciada con el paradigma de la “evolución” que quizá caracteriza actualmente a todas las ciencias naturales y culturales. (Palabra clave más reciente: “la computadora como ‘máquina evolutiva’ ”). ¡En un sentido más profundo, todos los Estados constitucionales son “países en desarrollo”!

## V. TIEMPO Y CULTURA CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESAMIENTO DEL FACTOR TIEMPO EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO

Los instrumentos y procedimientos para el procesamiento constitucional del factor tiempo con vistas al presente y al futuro son múltiples y de ellos se ocupa principalmente una concepción más “dinámica” de la Constitución. Escalonados de acuerdo con su grado de formalización se obtiene la relación que sigue.

### 1. *Cláusulas relativas al futuro y al progreso*

Una forma especial de reivindicación del futuro por el texto constitucional se encuentra en diversas variantes: en la fijación absoluta, “eterna”, de ciertos principios, en forma similar a lo dispuesto por el artículo 79, inciso 3, de la LF;<sup>102</sup> en la formulación de una “pretensión de validez

<sup>101</sup> Al respecto véase Häberle, P., mismo título (“Zeit und Verfassungskultur”), en Peisl, A. y Mohler, A. (eds.), *Die Zeit*, 3a. ed., 1991, pp. 289 y ss.

<sup>102</sup> Cfr. el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789; el artículo 110, inciso 1, de la Constitución de Grecia (1975); el artículo 130 de la Constitución de Bélgica; el artículo 9o. de la Constitución

perenne”<sup>103</sup> o en la negación duradera de situaciones jurídicas anteriores especialmente reprochables, como la servidumbre y los títulos. La elaboración rigurosa del pasado (*Vergangenheitsbewältigung*) se convierte aquí en elevada exigencia para el futuro. Otra tematización más del futuro se encuentra en las Constituciones que expresamente hablan de un “futuro benéfico”,<sup>104</sup> que se dirigen a las futuras generaciones alemanas,<sup>105</sup> exigen de la república la promoción del desarrollo cultural<sup>106</sup> o invocan el “progreso”: en cláusulas que se refieren a la fiesta del 1o. de mayo, como profesión de fe en el progreso (artículo 32 de la Constitución de Hesse de 1946) o en forma bastante más general.<sup>107</sup> Aquí se manifiestan claramente los dos lados de una cultura, el tradicional y el prospectivo.<sup>108</sup>

## 2. Mutación constitucional a través de la interpretación

La mutación constitucional<sup>109</sup> a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constitución, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización. Por la sola vía de la interpretación, ya sea la de los tribunales, la de la práctica estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de la combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado

de Turquía (1961); el artículo 89, inciso 5, de la Constitución de Francia (1958); el artículo 75, inciso 1, frase 2 de la Constitución de Baviera (1946).

<sup>103</sup> Cfr. el artículo 25, inciso 2, de la Constitución de Grecia (1975): “derechos fundamentales e inalienables del hombre”.

<sup>104</sup> Preámbulo del documento constitucional de Hesse de 1831. Véase también el “futuro” en el preámbulo de la Constitución de Hesse (1946).

<sup>105</sup> Preámbulo orientado a las generaciones de la Constitución de Baviera (1946); ahora el preámbulo de la Constitución de Ucrania: “*past, present and future generations*”. Véase también el preámbulo de la Constitución de Kwazulu-Natal (1996): “*present generation and posterity*”. En forma similar los preámbulos de las Constituciones de Kazajstán (1995), Armenia (1995) y Azerbaiyán (1996).

<sup>106</sup> Artículo 9o., inciso 1, de la Constitución de Italia (1947).

<sup>107</sup> Preámbulo de la Constitución española (1978): “promover el progreso de la cultura y de la economía”. Véase también el artículo 41, inciso 2, de la Constitución de Turquía.

<sup>108</sup> De manera precisa el artículo 9o. de la Constitución de Italia: la República promueve el desarrollo de la cultura (primer párrafo); tutela el paisaje y la herencia histórica y artística de la nación (segundo párrafo).

<sup>109</sup> El autor utiliza aquí, con la opinión dominante (Jellinek, G., *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*, 1906, reimpr. 1996), el concepto de “mutación constitucional”, a pesar de que, en su opinión, deberíamos “despedirnos” de él; cfr. Häberle, P., “Zeit und Verfassung” (1974), *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978 (3a. ed., 1998), pp. 59 (82 y s.).

nuevo o diferente. Así, por ejemplo, la propiedad reconocida por el Código Civil alemán (BGB) de 1900 se ha visto sometida a una profunda transformación. También pertenecen aquí los procesos de crecimiento que han afectado a los diversos principios constitucionales, con resultados fenomenales. Así, la concepción del “Estado social de derecho” en 1999 tiene muy poco en común con la interpretación de la LF en 1949.

Dependiendo del método, la interpretación de la Constitución es en parte retrospectiva y en parte prospectiva. ¡Los diversos métodos de interpretación no hacen otra cosa que “organizar” el tiempo! La interpretación histórica incorpora los orígenes; el método objetivo, el presente, el método orientado a las consecuencias y el pronóstico, el futuro. Quizá la “impredecibilidad” general de los procesos temporales sea la razón por la cual, hasta ahora, ninguna metodología ha sido capaz de ponderar entre sí los diversos métodos de interpretación. Presumiblemente, su interrelación es una función del tiempo, o sea, es flexible.

### 3. *Votos particulares*

Los votos particulares de los jueces constitucionales que sostienen interpretaciones alternativas pueden convertirse en una forma especial de anunciar y promover, e incluso de acelerar, la “mutación constitucional”. La historia de la jurisdicción constitucional en los EUA ofrece ejemplos sorprendentes al respecto,<sup>110</sup> por ejemplo, en relación con la observancia de la legislación del *New Deal* de Roosevelt. Entre nosotros ya también es posible identificar signos de tales efectos en la “jurisprudencia alternativa” de los votos particulares, en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.<sup>111</sup>

### 4. *Mandatos al legislador*

La actividad del legislador puede concebirse como procesamiento permanente del cambio social en el tiempo y ofrece una variedad de procedimientos y técnicas pertinentes. En la primera época de la LF, se intentaba “cumplir” los mandatos constitucionales, abiertos (u ocultos),

<sup>110</sup> Al respecto véase Haller, W., *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972.

<sup>111</sup> Ejemplos en Häberle, P., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 24 y ss. recientemente Schlaich, K., *Das Bundesverfassungsgericht*, 4a. ed., 1997, pp. 38 y ss.

por ejemplo, sobre la igualdad de los sexos (artículo 3o., inciso 2, de la LF), de los hijos nacidos fuera de matrimonio (artículo 6o., inciso 5 de la LF) o sobre la democracia interna de los partidos (artículo 21, inciso 1, frase 3, de la LF) (*cfr.* también los artículos 95, inciso 3, y 117, inciso 2, de la LF).

### 5. Efectos anticipados de las leyes

Mencionemos brevemente dos formas más de incluir el tiempo en el desarrollo constitucional, formas de las que se tiene más conciencia recientemente: en primer lugar, el efecto anticipado (*Vorwirkung*) de las leyes y tratados.<sup>112</sup> Los efectos anticipados de leyes todavía no vigentes formalmente es tan comprobable como admisible, aunque en forma diferenciada. En el ámbito internacional llaman la atención los efectos anticipados del Tratado SALT II, pues durante mucho tiempo los EUA y la entonces URSS se apegaron tácitamente al proyecto de tratado. Los efectos anticipados no son otra cosa que la aceleración del factor tiempo.

### 6. Cláusulas de experimentación y de experiencia

Por último, echemos una mirada a las cláusulas legales de experimentación y de experiencia, las cuales aparecen sobre todo en tiempos reformistas y se muestran como intento de anticiparse al futuro de manera temporalmente limitada. En los años setenta estas cláusulas fueron tema de discusión en Alemania. Un ejemplo es el § 5 b de la Ley sobre la Judicatura Alemana (DRiG) en relación con la educación jurídica de una sola etapa. No podemos discutir aquí en lo particular<sup>113</sup> estas cláusulas, que ya había advertido Montesquieu,<sup>114</sup> pero deben considerarse como forma de “prueba anticipada” del futuro. Actualmente el interés se dirige a la evaluación de las leyes: la investigación de la implementación, por ejemplo, trata a una ley en su conjunto como si fuera un experimento, a fin de preparar iniciativas de reforma que posiblemente

<sup>112</sup> Sobre los efectos anticipados de las leyes véase Häberle, P., *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 396, nota 148; véase pp. 486 y ss.; “Zeit und Verfassung” (1974), *ibidem*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978 (3a. ed. 1998), pp. 59 (83 y ss.).

<sup>113</sup> Más detalles en Häberle, P., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978 (3a. ed. 1998), pp. 85 y ss.

<sup>114</sup> *Cfr.* Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro II, cap. 2, al final.

la mejoren (sobre todo en la protección del ambiente y el derecho de la planeación); también se discute la “legislación temporal”, por ejemplo, en el derecho alemán de la educación superior o de los municipios (por último, su “fecha de caducidad”).

## 7. *Modificaciones constitucionales*

La institución clásica encaminada a formalizar lo nuevo y darle entrada directa en la Constitución es la modificación o reforma constitucional, es decir, el cambio del texto de la Constitución a través de determinados procedimientos que requieren, por lo común, mayorías calificadas como base de un consenso más amplio (*cfr.* el artículo 79, inciso 2, de la LF). Todos los Estados constitucionales que cuentan con un documento constitucional conocen esta posibilidad de incorporar al texto el cambio en el tiempo, aunque los supuestos puedan ser diferentes en lo particular (por ejemplo, la mayoría requerida).

Las modificaciones constitucionales pueden servir para adaptarse a cambios que ya han ocurrido en los hechos, pero también pueden tratar de producirlos. Así, hay que distinguir entre modificaciones de “adaptación” y de “creación”. En principio, la duración y la estabilidad de la Constitución parecen hablar en contra de las modificaciones constitucionales, pero éstas pueden contribuir precisamente a la duración y la estabilidad de una comunidad cuando son “oportunas”. Que esto sea así sólo puede señalarse en el caso particular y en ámbitos específicos.

Lo anterior es cierto con mayor razón respecto de aquel paquete de modificaciones constitucionales que debe conducir a la “revisión total” de una Constitución. La discusión alemana en y acerca de la Comisión de investigación del Parlamento federal alemán en los años setenta demostró evidentemente que era inoportuna en su momento,<sup>115</sup> ya que ni en lo político-constitucional ni en lo científico llegó prácticamente a ningún resultado. La labor de la Comisión conjunta de Constitución (1993) fue apenas poco más exitosa. En cambio, la discusión suiza<sup>116</sup> podría mostrarse más eficaz en el mediano y largo plazos: esto lo demuestra la

<sup>115</sup> Sobre la Comisión: Enquete-Kommission Verfassungsreform, *Schlufbericht*, 1976 (BT-Drs. 7/5924). Sobre la Comisión conjunta de Constitución: Berlitz, U., “Die Reform des Grundgesetzes nach der staatlichen Einigung Deutschlands”, *JöR*, vol. 44, 1996, pp. 17 (27 y ss.).

<sup>116</sup> *Cfr.* el proyecto de Constitución federal suiza de 1977, reproducido en *AöR*, vol. 104, 1979, pp. 475 y ss.

discusión actual sobre una Constitución federal “por crear”. Especialmente fructíferas fueron y son las revisiones totales de las Constituciones cantonales suizas, siendo la más reciente la de Appenzell A. Rh. en 1995 (véase, *infra*, capítulo 4, IV, 2.).

## VI. LA EUROPEIZACIÓN Y LA INTERNACIONALIZACIÓN —EL “ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO”—. LA VISIÓN DEL MUNDO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

### 1. *La europeización del Estado constitucional*

La europeización del derecho en general, pero también de sus disciplinas, se ha convertido en lugar común. El “derecho civil común europeo”, concebido quizá por primera vez por H. Kötz,<sup>117</sup> encuentra su equivalente en el “derecho constitucional común europeo” (*gemeineuropäisches Verfassungsrecht*).<sup>118</sup> Otros términos clave provienen de H. Coing y su frase “desde Bolonia hasta Bruselas”, así como de sus investigaciones sobre la historia del derecho en Europa, pero también de los esfuerzos en torno al derecho europeo laboral o social o también el penal. Estos procesos generales de desarrollo, que no deben perderse en lo indeterminado, se vuelven tangibles para la teoría de la Constitución en tres campos que penetran en las dimensiones culturales profundas y respecto de los cuales es válida la siguiente proposición: la cultura y el derecho “*hacen*” la *cultura del derecho* de Europa.

#### A. *La europeización a través del derecho europeo en sentido amplio y restringido*

El derecho europeo (*Europarecht*) en “sentido restringido” es el derecho de la Unión y las Comunidades Europeas. En el campo de la ciencia, este derecho ha llevado a extraordinarias contribuciones como la del “derecho administrativo europeo” (J. Schwarze, 1988), a través del descubrimiento del derecho privado europeo en la CE (P.-C. Müller-Graff, 1989), a las obras pioneras como el *Derecho comunitario eu-*

117 Kötz, H., “Gemeineuropäisches Zivilrecht”, *FS K. Zweigert* 1981, pp. 481 y ss.

118 Häberle, P., “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht” (1991), en *id.*, *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 33 y ss.; *id.*, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 1997.

*ropeo* de H. P. Ipsen (1970). El Tribunal de Justicia europeo ha hecho contribuciones equivalentes, por ejemplo, en relación con los derechos fundamentales como “principios generales del derecho”, que hacen aparecer al derecho europeo casi como derecho pretoriano, similar al derecho de los juristas en Roma. El derecho europeo en sentido amplio es el derecho del Consejo de Europa que encuentra sus puntos culminantes en diversas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. Austria y Suiza se han adelantado a algunos otros miembros del Consejo de Europa al haber otorgado jerarquía constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>119</sup> La teoría constitucional europea debería poner mucha atención en este derecho europeo en sentido amplio, pues constituye una etapa de crecimiento del Estado constitucional europeo mismo.

### B. *El “derecho constitucional común europeo”*

El “derecho constitucional común europeo”, introducido en la discusión en 1991,<sup>120</sup> circunscribe un aspecto parcial del Estado constitucional europeo, el cual se alimenta del pensamiento del derecho común y de los principios (en el sentido de J. Esser), sin pretender nivelar la pluralidad de culturas jurídicas nacionales.

### C. *“Derecho constitucional nacional de Europa”*

Una dimensión de la europeización, hasta ahora poco estudiada por la doctrina, la denominamos aquí “derecho constitucional nacional de Europa” (*nationales “Europaverfassungsrecht”*).<sup>121</sup> Con este concepto nos referimos al aumento, cuantitativo y cualitativo, de las artículos sobre Europa que se encuentran en los distintos Estados constitucionales. Recientemente se añadieron a la LF bastantes “artículos sobre Europa” (artículos 23, 24 a, inciso 1 a, 28, inciso 1, frase 3, 45, 50, 88, frase 2).

<sup>119</sup> Bleckmann, A., “Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?”, *EuGRZ*, 1994, pp. 149 y ss.

<sup>120</sup> Véase Häberle, P., mismo título (“Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”), *EuGRZ*, 1991, pp. 261 y ss.; reproducido en Häberle, P., *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 33 y ss.

<sup>121</sup> Véase al respecto Häberle, P., “Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe für den Ausbau von nationalem ‘Europaverfassungsrecht’”, *FS Everling*, 1995, pp. 355 y ss.

Del surgimiento y desarrollo del “derecho constitucional nacional de Europa”, en sus diversas manifestaciones, se derivan también consecuencias respecto de los problemas constitucionales concretos, por ejemplo, en relación con las cuestiones particulares que plantea el artículo 32 de la LF, cuyo inciso 1 debe ser reinterpretado, “europeizado”, en lo particular. Cuando ahí se disponía, desde 1949, que “corresponde a la Federación conducir las relaciones con los Estados extranjeros”, hay que preguntarse ahora, a partir del nuevo artículo 23 de la LF, de 1992, si los Estados constitucionales que actúan en el contexto de Europa son todavía “Estados extranjeros”; en otras palabras: el esquema interno-externo se cuestiona fundamentalmente en relación con Europa. Los Estados de la Unión Europea no son entre sí ya “extranjeros”, sino que existe sobre todo el “Euroland”.

## 2. *El Estado constitucional cooperativo*

### A. *Causas y trasfondo*

Las causas y el trasfondo de la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo son complejas. Dos factores ocupan particularmente el primer plano: el lado sociológico-económico, y el lado ideal-moral.

Factor destacado y motor de la tendencia hacia la cooperación es la interdependencia económica de los Estados (constitucionales). Si se puede decir que el “Estado europeo” viene de la economía, con mayor razón es esto válido para el Estado constitucional cooperativo, que es efecto de las interrelaciones económicas y es causa de éstas mismas. La actual “globalización” intensifica estos procesos.

El reconocimiento de las formas de cooperación económica y su “conversión” en conceptos, procedimientos y competencias jurídicos adecuados, requiere vincularse a los métodos y al objeto de las “ciencias del Estado”.

El trasfondo ideal-moral de la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo solamente puede ser esbozado: es, por un lado, resultado del estar constituido a través de los derechos fundamentales y humanos. La “sociedad abierta” merece tal calificativo solamente si es una sociedad abierta hacia lo internacional. Los derechos fundamentales y humanos remiten al Estado y a “sus” ciudadanos también hacia lo “otro”, lo “extraño”, es decir, a otros Estados con sus sociedades y a los ciu-

dadanos “extranjeros”. El Estado constitucional cooperativo vive de necesidades de cooperación económica, social y humanitaria, así como, en lo antropológico, de la conciencia de la cooperación (internacionalización de la sociedad, de la red de datos, de la esfera pública mundial, de las manifestaciones con temas de política exterior, de la legitimación proveniente del exterior; regionalmente: el espacio público europeo).

### *B. Límites y peligros*

Hasta 1989, el Estado constitucional occidental era, numéricamente hablando, un tipo de Estado relativamente infrecuente. Por un lado, se hallaba en competencia con los llamados Estados “socialistas”, y, por el otro, con los Estados autoritarios y totalitarios de Europa, África, América Latina y Asia. Por ello, sería miope, incluso peligroso, que la teoría de la Constitución, entusiasmada por su propio “modelo”, no recordara hoy este hecho al construir las formas de cooperación europea, las que abren a los Estados europeos de tal modo que quedan expuestos a los riesgos provenientes de los Estados “salvajes” (que son, por su lado, sujetos del derecho internacional; los ejemplos se encuentran en la ex Yugoslavia). Ciertamente, la “fuerza de atracción” (y el tesoro de experiencias) del Estado constitucional (occidental) es grande, y debiera crecer en el espacio público mundial en la medida en que se tome más en serio la cooperación. Sin embargo, no hay que perder de vista que las conquistas de este Estado, así como los elementos formales del Estado de derecho o el concepto mismo de derecho, se encuentran amenazados constantemente, y que la estructura de valores (y la identidad), en parte muy diversas, de terceros Estados (como los islámicos), no puede ni desea adaptarse al modelo del Estado constitucional. Pero también con ellos debe ser posible una cooperación (limitada).

Por lo tanto, hay una cierta ambivalencia en el tema “Estado constitucional y relaciones internacionales”. Por un lado, la posibilidad de la cooperación encubre grandes oportunidades y desafíos: los elementos constitutivos del Estado constitucional (como los procedimientos democráticos, la independencia de la jurisdicción, los derechos humanos) pueden ser “exportados”, a fin de constituir a la comunidad de los Estados (así por ejemplo, actualmente en dirección a Europa oriental o el sudeste asiático). Por otro lado, son evidentes los peligros que derivan de la “importación”, pues se producen procesos de retroalimentación y situaciones

obligadas: el Estado constitucional como tipo, en lo que concierne a sus elementos dogmáticos como Estado de derecho, corre el riesgo de caer en zonas en que peligre su identidad, aunque abierta al cambio, por ejemplo, en cuestiones monetarias: la interrelación con Estados que no son constitucionales (todavía), como lo son algunos países en desarrollo, pero también con organizaciones no gubernamentales multinacionales o privadas, puede conducir a un efecto negativo de atracción. Se producen así roces entre el Estado constitucional y el concepto de Estado que postula el derecho internacional,<sup>122</sup> entre los diversos modelos económicos (por ejemplo, en los países en desarrollo o en Cuba o Corea del Norte), a procesos de retroalimentación entre las economías nacionales. El Estado constitucional puede erosionarse, contra lo cual deberán imaginar algo la dogmática y la política del Estado constitucional. Pero también es posible una “balanza activa”, en el sentido de una competencia de los Estados en relación con los elementos de su carácter constitucional que, de manera condicionada, se pueden intercambiar y transmitir, en camino hacia un “modelo” óptimo de Estado constitucional cooperativo.

*C. Derecho internacional de la coordinación y la cooperación:  
elementos constitucionales de la comunidad  
de naciones*

a) La organización de la comunidad de los Estados puede desentrañarse mejor desde el punto de vista histórico. Ya en los Estatutos de la Sociedad de Naciones (1919), la “Constitución” de la primera organización política amplia de la comunidad de los Estados, se habla de la “promoción de la cooperación entre las naciones”, objetivo de la Sociedad de Naciones junto con la “garantía de la paz y la seguridad internacionales”. Sin embargo, los medios dispuestos en el Preámbulo y en los siguientes 26 artículos para la realización de la paz como objetivo son las obligaciones típicas de un orden jurídico internacional entendido como derecho coordinador (desarme, protección de las posesiones, prohibición de la guerra y solución pacífica de los conflictos). La creación de las Naciones Unidas (1945), al igual que la de la Sociedad de Naciones, fue una reacción a los sacudimientos y sufrimientos de la guerra anterior. A diferencia de los Estatutos de la Sociedad de Naciones, se

122 Al respecto, Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre*, 1975, pp. 81 y ss.

señala en la Carta de las Naciones Unidas que la colaboración entre las naciones no es un objetivo sino un medio “en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (artículo 1o., inciso 3, de la Carta de las Naciones Unidas).

b) Es posible observar variadas formas regionales de cooperación más intensa. La constitucionalización de la comunidad jurídica de las naciones ha avanzado más en el plano regional que en el universal. Además de las organizaciones y sistemas regionales de seguridad colectiva, establecidos conforme al capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, como la OEA, la UEO, la OTAN, esto resulta especialmente cierto de la Comunidad Europea, cuya “Constitución”<sup>123</sup> son los tratados de París y de Roma. Una renuncia parcial a la soberanía en favor del “poder comunitario” de la CE en relación con el deber fundamental de solidaridad de los Estados miembros establecido en el artículo 5o. del Tratado de la CE, ha sido y es el presupuesto para la realización de los objetivos del mismo, en particular de la integración económica, de la política regional y social a través de órganos independientes de creación y aplicación del derecho. La legitimación inmediata de los órganos comunitarios a través de un Parlamento Europeo de elección directa podría hacer retroceder, paulatinamente, el dogma de la soberanía nacional en favor de una distribución de funciones, justificada materialmente, entre el Estado y la organización supranacional. La adopción de una nueva identidad “europea”<sup>124</sup> abre la vía para el ejercicio de la “responsabilidad social” de las regiones ricas frente a las más pobres y a la elevación general del nivel de vida.<sup>125</sup> La integración como forma más elevada de la coo-

123 Ipsen, H. P., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, pp. 64 y ss.; *cfr.* BVerfGE 22, 296; “El Tratado de la CEE constituye en cierto modo la Constitución de esta Comunidad”. Sobre la discusión actual *cfr.* S. Oeter, “Souveränität und Demokratie als Problem in der ‘Verfassungsentwicklung’ der Europäischen Union”, *ZaöRV*, vol. 55, 1995, pp. 659 y ss.; Rodríguez-Iglesias, G. C., “Zur ‘Verfassung’ der Europäischen Gemeinschaft”, *EuGRZ*, 1996, pp. 125 y ss.

124 *Cfr.* el artículo 128, inciso 2 del Tratado de la CE: “Conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea”. El artículo 7o., inciso 5 de la Constitución de Portugal (1976/92) habla de “identidad europea”.

125 *Cfr.* el artículo 2o. del Tratado de la CE, así como el inciso 5 del preámbulo: “Con el propósito de unir sus economías nacionales y promover su desarrollo armónico, reduciendo la distancia entre las distintas regiones y el atraso de los territorios menos favorecidos...”.

peración puede ser vista, por tanto, como perspectiva de los esfuerzos internacionales de cooperación. El “sistema de Estados” de la UE (TCFA), o mejor dicho, el “sistema constitucional” de la UE (I. Pernice), ha llevado hoy la cooperación a una integración más estrecha.

La integración europea se inició con la creación del Consejo de Europa (1949), cuyos estatutos se adoptaron en la convicción “de que la consolidación de la paz sobre la base de la justicia y la cooperación internacional es de interés vital para la conservación de la sociedad humana y de la civilización”.

El Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de 1960, tiene por objetivo particular la colaboración económica entre los Estados europeos, incluyendo también a algunos países no europeos, como los EUA y el Japón. De acuerdo con el preámbulo del Convenio, la Organización fue creada en la convicción “de que una *cooperación más amplia* contribuirá de manera vital a las relaciones pacíficas y armónicas entre los pueblos del mundo”, y de que “las naciones económicamente más avanzadas deben cooperar, en la medida de sus capacidades, para ayudar a los países en vías de desarrollo”.

Entre las formas de cooperación más intensa, aunque limitada regionalmente, se encuentra el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa de 1975 (CSCE, hoy OSCE). Aquí lo determinante no es tanto la forma jurídica y la posible obligatoriedad internacional de las declaraciones, sino que el Acta pone al descubierto la relación interna que existe entre la seguridad militar y la general respecto de una cooperación más intensa en el terreno económico, social, científico, técnico, cultural, etcétera. El Acta Final, en la cual también participaron los Estados de Europa oriental, documenta la conciencia de los Estados en favor de la cooperación, a través de sus declaraciones de principios e intenciones, que es esencial para el desarrollo futuro del derecho internacional y de la protección internacional de los derechos humanos, lo que se ha profundizado desde “1989”.

c) De ahí se derivan puntos de partida para un derecho internacional “humanitario” y “social” y, a escala universal, para el sistema comercial mundial institucionalizado desde 1994 en la Organización Mundial de Comercio (OMC). El desplazamiento del centro de gravedad de la labor de la ONU, desde el mantenimiento de una paz simplemente negativa

(en el sentido de ausencia de violencia militar) hacia la creación de la infraestructura económica, social y cultural de una “paz positiva” a través de una mayor justicia social, conduce la evolución del derecho internacional hacia un derecho cooperativo en sentido material. Así, en la declaración aprobada el 24 de octubre de 1970 por la Asamblea General de la ONU sobre los principios fundamentales del derecho internacional en relación con las relaciones amistosas y la cooperación entre los Estados, se dice que éstos, independientemente de sus diferencias de sistema político, económico y social, están obligados a la cooperación en los diversos planos de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales, la estabilidad y el progreso económicos, así como el bienestar general de los Estados y la colaboración internacional, libres de toda discriminación que pueda basarse en tales diferencias.

#### *D. Del Estado nacional soberano al Estado constitucional cooperativo*

En la medida en que, desde la perspectiva internacional, la cooperación entre los Estados ocupe el lugar de la mera coordinación y del simple ordenamiento de la coexistencia pacífica (es decir, de la delimitación de los ámbitos de la soberanía nacional), en el campo del derecho constitucional nacional pueden advertirse tendencias que apuntan hacia un debilitamiento de la distinción estricta entre lo interno y lo externo a favor de una apertura hacia el exterior. He aquí algunos ejemplos de la evolución de las etapas textuales.

Un aspecto importante es la cuestión de la apertura de los textos constitucionales hacia el derecho internacional. Siendo la Constitución escrita más antigua todavía vigente, la Constitución de los EUA del 17 de septiembre de 1787 no contiene, aparte de algunas disposiciones sobre el poder exterior (artículo I, sección 8, incisos 3 y 10, así como el artículo II, sección 2, inciso 2),<sup>126</sup> enunciados sobre la relación de los Estados Unidos con otras naciones. Otras Constituciones antiguas, como la de Noruega de 1814,<sup>127</sup> la de los Países Bajos de 1815, la de Bélgica de 1831

<sup>126</sup> El texto en Franz, G. (ed.), *Staatsverfassungen*, 1964, pp. 10 y ss.

<sup>127</sup> El texto en Mayer-Tasch, P. C. (ed.), *Die Verfassungen der nicht-kommunistischen Staaten Europas*, 2a. ed., 1975, pp. 404 y ss.

yla de Luxemburgo de 1868, han abandonado su introversión original y se han abierto al derecho internacional mediante reformas constitucionales muy recientes. Los nuevos artículos constitucionales, al permitir la transmisión de poderes soberanos a organizaciones e instituciones supraestatales o internacionales, documentan una disposición a renunciar a la soberanía que era ajena al derecho internacional tradicional. Disposiciones equivalentes se establecieron por primer vez en la Constitución de Italia de 1947 (artículo 11) y en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (artículo 24, inciso 1). La nueva Constitución griega de 1975 las contiene en su artículo 28, inciso 2.<sup>128</sup> Que aquí pueda estar anunciándose un cambio fundamental general en la concepción que de sí mismos tienen los Estados soberanos lo permite suponer la Constitución de Suecia de 1975, que al contrario de la Constitución de 1809, a pesar de seguir vigente la neutralidad, dispone en su capítulo 10 § 5, inciso 2, que las funciones de la jurisdicción y la administración “pueden ser transferidas a otro Estado, a una organización internacional, o a una institución o comunidad extranjeras o internacionales” (véase ahora el capítulo 10, § 5 inciso 3). A nivel regional se vuelven comunes los “artículos sobre Europa” (por ejemplo, el nuevo texto del artículo 23 de la LF).

El reconocimiento de la cooperación internacional amistosa se encuentra predominantemente en las Constituciones recientes. Así, Irlanda afirma, conforme al artículo 29 de su Constitución de 1937, “su entrega al ideal de la paz y de la cooperación amistosa entre las naciones sobre la base de la justicia y la moral internacionales”. El pueblo japonés se declara decidido, según el preámbulo de su Constitución de 1946, a “conservar los frutos de la cooperación pacífica con todos los pueblos”.

Este breve paseo por las Constituciones europeas y algunas fuera de Europa permite reconocer el giro en la tendencia de muchos Estados (constitucionales) hacia la cooperación internacional. El análisis de las más de 100 Constituciones vigentes hoy en día de los países en desarrollo

128 “*To serve an important national interest and to promote cooperation with other States, competences under the Constitution may be granted by treaty or agreement to organs of international organizations...*” (“Las competencias conforme a la Constitución podrán ser otorgadas mediante tratado o convenio a los órganos de organismos internacionales cuando tengan el propósito de contribuir a un interés nacional importante y de promover la cooperación con otros Estados”).

debería confirmar esta tendencia.<sup>129</sup> Finalmente, debe hacerse referencia a las cláusulas especiales de apertura o cooperación que se basan en última instancia en características culturales comunes, como el mismo idioma (*cfr.* el artículo 15, inciso 3, de la Constitución de Portugal de 1976/92 en relación con ciudadanos extranjeros de “países de lengua portuguesa”, así como el artículo 11, inciso 3, de la Constitución española de 1978-1992 en relación con los tratados sobre doble nacionalidad con “países iberoamericanos”).

### 3. *La imagen del mundo del Estado constitucional: “comunidad universal de los Estados constitucionales”*

Dicha imagen constituye una primera palabra clave. Como un elemento de la imagen del mundo del tipo del “Estado constitucional” nos atrevemos a afirmar que los diversos Estados constitucionales no existen más “para sí”, sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta. La referencia al mundo y a sus semejantes en dicho mundo (la humanidad) es un pedazo de su noción de sí mismos, ya sea que se manifieste en forma de referencia a principios generales del derecho o a la internalización de derechos humanos universales (incluso en forma de una política exterior en favor de los derechos humanos), en forma de objetivos educacionales equivalentes, en la normación de valores fundamentales como la política por la paz mundial, la amistad y la cooperación internacionales, o en la obligación de proporcionar ayuda al desarrollo y ayuda humanitaria (“ayuda mundial contra el hambre”). Ciertamente, aquí hay siempre motivo para el desánimo. Sin embargo, si quiere conservar su credibilidad en sí, el Estado constitucional no puede desentenderse de representar “hacia fuera” los mismos valores que considera en lo interno como elementos de su identidad y de su concepción de sí

<sup>129</sup> *Cfr.* la Constitución de la República de Níger (1960), preámbulo, inciso 2: “*They affirm their determination to cooperate in peace and friendship with all peoples who share this ideal of Justice, Liberty, Equality, Fraternity and Human Solidarity*” (“Afirman su determinación de cooperación en paz y amistad con todos los pueblos que compartan este ideal de Justicia, Libertad, Igualdad, Fraternidad y Solidaridad Humana”). En sentido amplio el artículo 145, inciso 1, de la Constitución del Paraguay: “La República del Paraguay, en igualdad de condiciones con otros Estados, acepta un sistema jurídico supranacional que garantice el cumplimiento de los derechos humanos, la paz, la justicia, y la cooperación, así como el desarrollo político, socio-económico y cultural”.

mismo. Aunque pueda haber aquí y allá Estados autoritarios y totalitarios en el mundo, el Estado constitucional se encuentra en una comunidad responsable hacia sus semejantes con respecto al mundo y sus seres humanos, que debe cumplirse, por ejemplo, en materia del derecho internacional del ambiente o del espacio exterior. Algunos textos apuntan hacia esta responsabilidad. En todo caso, la “perspectiva cosmopolita” de I. Kant es actualmente un elemento del principio “esperanza” y del principio “responsabilidad” en el Estado constitucional. Los derechos humanos y el derecho de la humanidad van juntos.<sup>130</sup> El nuevo “imperativo categórico” de H. Jonas (“Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con una futura existencia humanamente digna, es decir, con el derecho de la humanidad a subsistir por tiempo indeterminado”)<sup>131</sup> está en camino de convertirse en un texto clásico del Estado constitucional, con referencia mundial.

Frecuentemente, la comunidad universal de los Estados constitucionales en la responsabilidad puede exigirles demasiado o algo que solamente pueda cumplirse de manera puntual. La cuestión es si el Estado constitucional, en su etapa actual de desarrollo, tiene un deber de solidaridad regional; esto no en sentido de una hegemonía con vistas a dominar un pedazo del mundo, esto es, una región, sino en el de una asociación en igualdad de derechos. Así lo indican, por el lado de los textos constitucionales, las cláusulas de identidad mencionadas, referidas a las regiones, y los artículos relativos a competencias transfronterizas, incluyendo las comunidades de las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, quizá también la OSCE desde 1995. Precisamente, a partir de 1989 el Consejo de Europa ha exigido, con bastante éxito, a los países post-socialistas de Europa oriental, numerosos elementos constitucionales como condición para su adhesión (derechos humanos, protección de minorías, etcétera). Una asociación regional, políticamente vivida, de los Estados constitucionales se anuncia también con vistas a la responsabilidad, aunque erróneamente asumida, de los Estados de la

130 En el sentido de Kant, I. (1795): “El derecho del ciudadano cosmopolita”, “el ciudadano de un Estado universal del hombre” como “complemento necesario del derecho del Estado y del derecho internacional para formar el derecho público del hombre”. Véase también la fórmula de Kant sobre “el derecho que corresponde a todo hombre en razón de su humanidad”.

131 Cfr. sus conceptos clave (en Jonas, H., *Das Prinzip Verantwortung*, 1979): “La tecnología como vocación de la humanidad”, “El primer imperativo: que haya humanidad”, “La humanidad no tiene derecho al suicidio”, “Futuro de la humanidad y futuro de la naturaleza”.

UE por los países de los Balcanes como parte de Europa. Esto se manifiesta no solamente en el intento de fomentar la paz, sino también en los “requisitos constitucionales” que se pactaron, en calidad de “convenio marco”, para Bosnia y Herzegovina (1995). Ya que aquí se “exigen” los elementos que caracterizan al Estado constitucional, como los derechos fundamentales (libertad de tránsito, libertades de opinión y de prensa) o los derechos humanos reconocidos internacionalmente; también se pactaron las elecciones, la aplicación del principio de mayoría y la creación de un “tribunal constitucional”. La tarea de la “constitucionalización” de una región que así se anuncia podría convertirse en un anillo de crecimiento de las competencias y funciones, y aun de la legitimación, del Estado constitucional de hoy, lo que resultaría quizá más fácil de transmitir al ciudadano constitucional que un deber general, universal. Quizá sea demasiado pedirle, en “perspectiva cosmopolita”, el “derecho ciudadano cosmopolita” de I. Kant; pero quizá pueda “pedírsele” hoy al menos una ciudadanía regional, porque está al alcance de la vista.