

## NORMATIVIDAD Y REFORMABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CIENCIAS DE LA CULTURA \*

### INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

El ideal del Estado constitucional basado en principios tales como dignidad humana, democracia, división de poderes, sistema jurídico, social y cultural, es una conquista del mundo Occidental, como resultado de procesos culturales evolutivos y como manifestación de la “tradicón cultural” compendiada en el conjunto de las normas clásicas y en otros textos normativos. Al mismo tiempo, ese ideal de Estado enfrenta el reclamo de no retroceder en el nivel cultural alcanzado que, por el contrario, deber preservar y acrecentar.

El desarrollo del Estado constitucional nacional en su contextualización internacional, se transforma en una tarea global que puede acometerse a partir de la normatividad de las constituciones y su reformabilidad a la luz de las premisas propias de las Ciencias de la Cultura.

---

\* Publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación K. Adenauer, Buenos Aires 1999.

No somos más que enanos “subidos sobre los hombros” de gigantes como H. HELLER, R. SMEND y otros, que por obra de su capacidad personal, contribuyeron a preparar o a desarrollar la construcción histórica de nuestra Constitución (pensemos en la fórmula de H. HELLER del “Estado Social de Derecho”, o a los aportes de R. SMEND sobre la “unidad de la Constitución” o la interpretación de los derechos fundamentales). En cualquier caso, seguimos siendo apenas seres minúsculos sobre los hombros de estos colosos, aunque esa posición nos permite de tanto en tanto, prolongar el horizonte. Y nos inspira esperanza y confianza en poder continuar perfeccionando esta conquista de la cultura europea y atlántica que es el Estado constitucional, expuesto desde el *annus mirabilis* de 1989 a nuevos peligros y predecir, comentar y canalizar su futuro desarrollo, con el apoyo de una adecuada política científica, que intente prever la evolución de los acontecimientos.

También debemos dejar espacio suficiente para la perspectiva irónica, que indica el camino hacia las profundidades de la Historia de la Cultura y de la cultura política de los diferentes pueblos. Pensemos: resulta más fácil modificar 43 veces la Constitución que introducir una única reforma al régimen de horario de atención al público del comercio, sancionada en la década de los cincuenta.

Otro tema que merece nuestra atención es la diferente *vocación constitucional* o importancia que se asigna a la Constitución en la cultura política de los diferentes países.

## I. ANÁLISIS PREVIO Y ELECCIÓN DE MÉTODOS: CONSTITUCIÓN COMO SISTEMA O MÉTODO DE COMPARACIÓN DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y LAS NORMAS

1) Comencemos por plantearnos el análisis previo y la elección de los métodos tal como los establece J. ESSER<sup>1)</sup> en su *Vorverständnis und Methodenwahl*, en particular cuando se trata del Estado constitucional y su historia nacional. Para ello es preciso contar con informes empíricos, algo sólo posible gracias a las “herramientas” que facilita una doctrina constitucional jurídica descrita como ciencia jurídica *comparada* de normas y culturas. ¿Qué significa esto? La Constitución del Estado constitucional, resultado evolutivo de un proceso enriquecido por los textos de los clásicos desde

---

1. ESSER, J. *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1972.

ARISTÓTELES hasta los *Federalist Papers* (1787), desde MONTESQUIEU (1748) hasta el *Principio de Responsabilidad* (1984) de H. JONAS, que se proyecta a las futuras generaciones, se basa en el concepto de dignidad humana desarrollado por I. KANT como premisa antropológica de la cultura, y conduce a la democracia liberal como su *consecuencia* organizativa<sup>2</sup>. Es una “matriz que se adapta a los sucesivos desarrollos” como lo expresaran GOETHE o H. HELLER y tiene contenidos y procesos típicos, conjuntos de textos e instrumentos que son modificados, enriquecidos y desarrollados por las diferentes naciones — casi en una “acción concertada” o semejante a un gran “concierto europeo”. Gran Bretaña aportó la democracia parlamentaria, los Estados Unidos el federalismo, Francia, entre otras cosas, la división de poderes, Alemania la dogmática cuasiperfeccionista del derecho fundamental, Italia y España, el regionalismo. Se creó así un inventario europeo de material disponible para la solución de problemas, que en Europa ha hecho posible la aparición de tendencias que convergen hacia un “Derecho constitucional europeo”, y que a nivel mundial, permite pensar en un mínimo común denominar universal de derechos humanos y democracia, dignidad humana y Estado Social de Derecho. La doctrina constitucional, enfocada desde la perspectiva de un “ciudadano universal”, constituye —citando una vez más a I. KANT—, esa “dosis de utopía” que es indispensable para que el hombre pueda continuar marchando con “paso erguido” (E. BLOCH). Es indispensable para que, aun en años ensombrecidos por las guerras civiles en los Balcanes o por los desafíos del fundamentalismo islámico, los derechos humanos puedan constituirse en “objetivos básicos del proceso educativo”, tal y como lo exigen los Pactos de Naciones Unidas y los documentos de la UNESCO<sup>3</sup>.

2) Creo que en todo ello resulta útil recurrir tanto a un sistema de jerarquía de normas constitucionales, como a un análisis constitucional comparado. Hablar de *sistema de jerarquía de normas constitucionales* significa reconocer que en todo el mundo existe hoy una “sociedad abierta de constituyentes”, una suerte de comunidad de producción y recepción, en la que los constituyentes más jóvenes adoptan primero los textos de otras consti-

2. Respecto a las elaboraciones véase mis estudios: *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981; *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, 2. edic. 1998 (traducciones al italiano, japonés y español en preparación); *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en: *HdBSStR* T. I (1987), pp. 815 y ss., 2. edic. 1995, pp. 815 y ss.

3. Sobre estas causalidades: HÄBERLE, P., *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981. En 1994 la “función educadora de las escuelas” fue uno de los temas abordados por el Congreso sobre Doctrina Constitucional alemana celebrado en la ciudad de Halle [*VVDStRL* 54 (1995), pp. 7 y ss. (con la ponencias de M. BOTHE y A. DITTMANN)].

tuciones más antiguas, cercanas geográficamente, por ejemplo, pero que luego “actualizan” estos textos a la luz de la *realidad* o la *praxis* constitucional de estas otras constituciones foráneas más antiguas. Así, observamos la recepción de decisiones de principio del Tribunal Constitucional alemán en España, el perfeccionamiento del regionalismo italiano en ese mismo país, la incorporación de elementos del modelo alemán de un sistema de radiodifusión pluralista, en otros países, etc. Observamos la institucionalización del voto particular en el art. 164 inc. 1, frase 1 de la Constitución española, luego de haber sido incorporado al Derecho alemán mediante una reforma a la Ley de creación del Tribunal Constitucional (1971). También en Italia, la Bicameral presentó un proyecto destinado a incorporar el voto particular en la Constitución. Observamos también como en la Constitución francesa, el artículo referido a partidos políticos (art. 4 de la Constitución de 1958) se apoya en el modelo alemán (art. 21 de la Ley Fundamental) y cómo va desarrollándose un Derecho Constitucional europeo nacional (art. 23 de la Ley Fundamental). Actualmente, estos puntos se están analizando en Grecia e Italia<sup>4</sup>. Asistimos, además, a la difusión del concepto alemán de *Rechtsstaat* junto con el *rule of law* y *due process* en los países en transición de la Europa del Este. Casi en forma imperceptible, la comparación del derecho se convierte en el “quinto” método de interpretación luego de los cuatro métodos clásicos enumerados por F.C. DE SAVIGNY en 1840<sup>5</sup>. Normas, teorías, sentencias judiciales, trascienden fronteras, son recreados en el transcurso del proceso receptivo, recordando la teoría de la metamorfosis de GOETHE. Incluso aquellos *proyectos* constitucionales que no prosperan y que parecen condenados al fracaso, estando manifestándose en la historia como “cristalizaciones culturales” particulares. En Alemania, el proyecto constitucional elaborado por el foro de la “Mesa Redonda” en Berlín Oriental (1990) y los aproximadamente 40 proyectos constitucionales presentados en los 5 nuevos *Länder*, surgidos casi de la noche a la mañana, son parte de nuestra historia constitucional. Recogen las esperanzas surgidas luego de la “caída del muro” y en algunos puntos siguen constituyendo una propuesta válida para la futura evolución constitucional en todo el país; por ejemplo en las normas relativas a la protección de minorías<sup>6</sup>. La lucha que libró *Polonia* hasta 1997 por el texto definitivo de su Constitución, —esa misma

- 
4. Al respecto HÄBERLE, P. *Nationales Europaverfassungsrecht*, en: *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 445 y ss.
  5. Un análisis más pormenorizado de este postulado ofrece: HÄBERLE, P., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 27 y ss. y otros.
  6. Documentado y comentado por el autor: *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 27 y ss.

Polonia que en 1989 hizo que tomáramos conciencia de la “Mesa Redonda” como gen cultural de la humanidad y que rediseñara el concepto de la *constitución como contrato*—, es reveladora de cómo se reconstituye un nuevo Estado constitucional a partir de la Europa comunitaria, sin olvidar la herencia nacional. La recepción de los derechos fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos en Europa del Este, es un ejemplo particularmente contundente y debería recordarnos a B. SPINOZA (1670) cuando decía: “El fin del Estado es, en verdad, la libertad”. Al mismo tiempo existe algo así como una razón constituyente del Estado” según lo expresara V. HAVEL.

3). El segundo intento de aproximación al concepto de “Constitución”, y de las experiencias que hacemos con ella a lo largo de nuestra vida es, desde una perspectiva alemana, o más exactamente la mía, resumible en el concepto de “*constitución comparada*”. Constitución es “invitación y barrera” (R. SMEND), “norma y tarea” (U. SCHEUNER), marco ordenador de procesos públicos y procedimientos convencionales asimilables, y, por fin, cultura. No es mero “estatuto de organización” o “instrumento de gobierno”, sino una estructura valorativa con una enorme riqueza tipológica en cuerpos de textos y derecho subconstitucional. Tampoco olvidemos que sólo existe tanto Estado como la Constitución establece. Ante todo, no es el fruto de la “decisión” de un constituyente adoptada *ex nihilo* (C. SCHMITT). Para refutar esta tesis de un “positivismo sociológico” extrañamente histórico y olvidado del Derecho Comparado, basta echar un vistazo a los antecedentes de la realización particularmente feliz de la Constitución española de 1978, fruto de un proceso pluralista que permitió incorporar al documento los valores de las diversas fuerzas constituyentes y participantes. En lugar de la *creatio ex nihilo*, vemos en la Constitución española un *creatio ex cultura*. La Constitución deja de ser un instrumento jurídico y se convierte en expresión de un estado de desarrollo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Por su forma y contenido, la Constitución *viva*, obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad *abierta*, es fundamentalmente expresión y transmisión de cultura, marco de producción y reproducción cultural, recepción y memoria de “informaciones” culturales, de tradiciones, experiencias, vivencias, sabidurías.

Este *concepto de constitución originado en las Ciencias de la Cultura* se ve reafirmado fundamentalmente en los preámbulos, aunque no sólo allí, sino también en el Derecho Constitucional cultural, las “cláusulas pétreas”, la protección nacional e internacional del patrimonio cultural, extensivo incluso a un “principio de extraterritorialidad para el arte y la cultura”, en los himnos, enseñanzas y feriados patrios como “fuentes de consenso irracionales” de un Estado constitucional que interpreta al ser humano, no sólo como

un *zoon politikon* racional *sino también* emocional. Su capacidad como prenda de unidad la suministró recientemente “*Nabucco*” (coro de los esclavos) de *Verdi* en Italia, donde en agosto de 1996 U. BOSSI fue abucheado en la Arena de Verona, al pretender reclamar esa obra como himno para la Liga del Norte.

Merecen una frase aparte los *Preámbulos*. Desde una perspectiva cultural, son el “prólogo” a la obertura, u obras asimilables a preludios. En un lenguaje más común podríamos decir que buscan despertar el “interés” del ser humano por la Constitución, lograr su simpatía, desean elaborar historia y proyectar futuro, y, con frecuencia, son un “condensado” de la Constitución. Prueba de ello son las docenas de preámbulos constitucionales en Europa del Este. Más recientemente, en 1996, fue Ucrania el país que nos ofreció un nuevo ejemplo, recogiendo en su preámbulo conceptos como “*basis of the centuries-old history*”, “*consideration toward securing human rights and freedoms, to develop a democratic, social, law based state*”, “*recognizing our responsibility before God, our own conscience, past, present, and future generations*”.

## II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO *RES PÚBLICA SEMPER REFORMANDA*: TEMAS ESCOGIDOS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Al margen de la forma oral o escrita que pueda adoptar su Carta Magna, el Estado constitucional no se detiene nunca en su evolución. Se desarrolla “andando el tiempo”, y pese a toda la “rigidez” que nos plantea la magnífica obra del italiano A. PACE<sup>7</sup>, pese también a la seguridad jurídica como elemento irrenunciable de la tríada de RADBRUCH conformada por justicia, seguridad jurídica y finalismo, y finalmente pese a toda la estática y estabilidad que exige la necesaria previsibilidad del Estado de Derecho. “*Reforma constitucional*” interpretada como tal es el término *genérico* para todos los desarrollos producidos sobre el eje del tiempo, que el Estado constitucional ha volcado en conceptos y procedimientos, y que van desde las modificaciones constitucionales formales, hasta el voto particular de los magistrados que integran las cortes constitucionales. “Tiempo” y “cultura constitucional” se transforman en voces normales del índice temático. Allí donde un Estado constitucional niega las necesarias reformas, donde equivoca el camino o ignora la necesidad de la reforma, se producen tensiones,

---

7. PACE, A., *La causa delle rigidità costituzionale*, 1995, 2.ª ed. 1996.

que pueden llevar hasta un abierto quiebre constitucional o incluso hasta la revolución y que en todos los casos podrán ser negativos para la comunidad política. Existe así en el fondo una "hora", difícilmente definible, para la reforma constitucional, percibida por muchas constituciones cantonales suizas a lo largo de la última década, y más recientemente plasmada en la estupenda Constitución cantonal de Berna (1993) o de Appenzell a. Rh. (1995). En el plano de la *Confederación*, en cambio, se desperdició la "hora" de una revisión total que se presentó en 1977, una omisión que en todo caso podrá subsanarse incluyendo una reforma constitucional *ex post*<sup>8</sup>. En Polonia hubiera sido conveniente que la nueva Constitución quedara consagrada en 1989/90, en momentos en que se producía la transformación en Europa. En Alemania, en las semanas previas a marzo de 1990, se planteó la necesidad de optar entre la adhesión, invocando al artículo 23 de la Ley Fundamental (W. BRANDT habló de "camino errado", H. KOHL de "camino ideal"), o elaborar una nueva Constitución para la Alemania unificada que tomara como marco de referencia la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (compárese el art. 146 a. F. GG), ejerciendo el pueblo su soberanía a través de una consulta popular en línea con el orgulloso lema "El pueblo somos nosotros" (la frase corresponde a la "Muerte de Dantón" de G. BÜCHNER). La historia constitucional eligió el camino de la vigencia inmediata de la Ley Fundamental en Alemania oriental, una decisión muy polémica, política y teóricamente. Se optó por la vía prevista para la reunificación en el art. 23 de la Ley Fundamental en su versión anterior, lo que no redujo, por cierto, los problemas de la reunificación "interna", sobre todo si se considera el evidente fracaso de la Comisión Constitucional Conjunta<sup>9</sup>.

Finalmente resulta conveniente agregar algo respecto de los grandes temas susceptibles de reformas, y que a mi entender son característicos del actual nivel de desarrollo alcanzado por el paradigma Estado constitucional, mucho más allá de países como Alemania o Italia, en particular. En momentos en los que el Estado constitucional festeja una victoria casi universal sobre su antípoda, el Marxismo-Leninismo, lograda a partir de 1989, observamos como en muchos países se ignora la necesidad de una reforma, pese a que existen suficientes situaciones de desafío y respuesta (*challenge*

---

8. Al respecto HANGARTNER, Y./EHRENZELLER, B. (edit.), *Reform der Bundesverfassung*, 1995.

9. Al respecto véase mi conferencia presentada en Turín: *Die Kontroverse um die Reform des deutschen Grundgesetzes* (1992), ahora en: *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 237 y ss. y JÖR 39 (1990), pp. 319 y ss., 40 (1991/92), pp. 291, 41 (1993), pp. 69 (traducción al italiano en: *Quaderni Costituzionali* 2/1993, pp. 279 y ss.).

*and response*). Observamos una tendencia a preservar derechos adquiridos, sobre todo económicos, que desmienten parcialmente la "sociedad abierta" propuesta por POPPER. Una enumeración, lamentablemente larga por cierto, de las falencias del Estado constitucional común en Europa, en absoluto pretende poner en tela de juicio al Estado constitucional, sino mostrar que también existen "puntos en común" en los aspectos negativos y la posibilidad de enfrentar las necesarias reformas a partir de un intercambio de experiencias. Incluso en los EE.UU. se manifiestan fenómenos de crisis, que se buscan combatir con la noción del "comunitarismo". Es suficiente con enunciar algunos breves conceptos para caracterizar la presente situación:

1) En muchos países europeos, la *partidocracia* se superpone al proceso democrático y llega a adquirir visos de corrupción (que con tanto coraje enfrentara la justicia francesa, belga e italiana). Prueba de ello son las desnaturalizaciones que sufre el sistema de financiamiento de los partidos<sup>10</sup>, y que han convertido al Estado en un *botm* (Staat als Beute, H.H. von Arnim). En Alemania, este fenómeno se traduce en el asalto de los partidos políticos a los cargos de magistrados del Tribunal Constitucional y los Tribunales Federales, así como de la Corte Europea (pese al art. 33, inc. 22 de la Ley Fundamental que habla de "aptitud" e "idoneidad profesional"). Nuevamente, el tema nos remite a la sempiterna pregunta: "¿Quién es el pueblo?".

2). Otro tema de permanente actualidad es el pluralismo de los *medios de comunicación*, su misión de "informar" y de transmitir "cultura". El "alejamiento del Estado" de la televisión y radio públicas, así como la participación de todos los sectores y agrupaciones políticas importantes en el sentido del modelo pluralista, como lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional alemán en 8 fallos sucesivos (compárese E 12, 205, últimamente E 90, 60), acompañando diferentes reformas constitucionales (por ejemplo, el art. 19 de Brandemburgo de 1992: "un máximo de pluralismo"), puede reclamar el carácter de modelo. No obstante, difícilmente podrá contrarrestarse el proceso de "comercialización" que sufre la televisión y la radio pública en su competencia con las emisoras privadas. Es, en el fondo, un problema de "democracia cultural".

3) Otro tema de permanente actualidad, además de reducir el tremendo endeudamiento público, es subsanar la *falta de una adecuada protección*

---

10. Al respecto P.M. HUBER y otros (edit.), *Zur Lage der parlamentarischen Demokratie*, 1998; P. RIDOLA, "Parteiendemokratie und Parteienrecht in Italien", *JöR* 41 (1993), pp. 409 y ss.; LUTHER, J., *Die italienische Verfassung im letzten Jahrzehnt*, *JöR* 43 (1995), pp. 475 y ss.



*ambiental* a través de un contrato social proyectado como “contrato generacional” en el tiempo, que puede ser acometido por vía de la “interpretación pedagógica de la Constitución” plasmada en “metas educativas” (compárese el art. 28, numeral 5 de la Constitución del Land Bremen)<sup>11</sup> o jurídicamente, en forma de Derecho ambiental, como el que recogen muchas de las constituciones regionales, tanto en la parte occidental como oriental de Alemania (por ejemplo el art. 69 de la Constitución de Renania del Norte Westfalia, art. 2,12 de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania, 1993).

4) En cuarto lugar, cabe advertir acerca del *economicismo* y materialismo de nuestro tiempo, como otro tema que plantea una urgente necesidad de reforma. Ningún Estado constitucional puede edificarse exclusivamente sobre bases económicas. El artículo 1 de la Constitución italiana ha sido particularmente feliz en su acertada formulación de la “República fundada sobre el trabajo” (véase también el Preámbulo de la Constitución peruana de 1979 que evoca al trabajo como “derecho y obligación de todos los hombres” y “fundamento del bienestar nacional”). El concepto del “Trabajo” es entendido a partir de su doble función, es decir, desde la perspectiva *personal* que entronca en la dignidad humana, y que convierte el creciente desempleo en el escándalo de los Estados constitucionales europeos, así como desde su lado *social*, destacado en la Encíclica *Laborem Exercens* (1981). En tal sentido, me permito advertir que la propuesta recientemente manifestada en torno al grupo Fiat de Turín, de que las repúblicas deberían constituirse en “mercados”, es una señal de advertencia, por más respeto que pueda mercer el mercado como “mecanismo descubridor” (F.A. VON HAYEK) y su eficiencia específica y capacidad innovadora basada en la competencia<sup>12</sup>. La economía no es la medida del hombre, el *mercado* no es la medida de todas las cosas y no sólo existe la “razón del mercado”. Por eso mismo es que el Estado Social pone límites a todos los programas de privatización<sup>13</sup>. Los Estados constitucionales dimanan en primera y última instancia de la *cultura*, que, sobre todo en tiempos de “globalización de los merca-

---

11. Al respecto HÄBERLE, P., *Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele*, FS H. Huber, 1981, pp. 211 y ss.; del mismo autor, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 321 y ss. del mismo autor, *Erwartungen an die Pädagogik*, en: A. GRUSCHKA (edit.), *Wozu Pädagogik?*, 1996, pp. 142 y ss. Respecto del Land Bremen véase mi conferencia: *Die Zukunft der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen...*, JZ 1998, pp. 57 y ss.

12. Entre la bibliografía: HÄBERLE, P., *Soziale Marktwirtschaft als “Dritter Weg”*, ZRP 1993, pp. 383 y ss., en italiano en: M. LUCIANI, a cura di, *La democrazia alla fine del secolo*, 1994, pp. 135 y ss. De la bibliografía italiana: BOGNETTI, G., *La Costituzione economica italiana*, 1993; F. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, 1996.

13. Respecto de este problema véase el voto del autor en *VVDStRL* 54 (1995), pp. 338 y ss.

dos”, es el único elemento capaz de proporcionar un marco identificador, irrenunciable para el ciudadano y la individualidad de su comunidad. Es razón de más para promover una división vertical de los poderes (“regionalismo cultural o “federalismo cultural<sup>14</sup>”) como fruto de un regionalismo efectivo y un federalismo real. En vista del avance de la globalización, es importante preservar y defender las formas identificadoras de la cultura ante el embate de corrientes “fundamentalistas”.

5) Otros temas presentes en la agenda de reforma de muchos Estados constitucionales, son la superación del *desempleo* y el control de los *problemas migratorios*, además de la lucha contra un *crimen organizado* cada vez más difundido<sup>15</sup>.

Sin duda habrá otros temas que no admiten un tratamiento por la vía de la reforma constitucional, al menos no como instrumento primario. Se trata de apelar más al sentido comunitario y a la solidaridad entre los mismos ciudadanos. En este sentido, los fines educativos perseguidos en las escuelas, los cánones literarios, por ejemplo, apenas pueden hacer un trabajo preparatorio. La “ética del Estado constitucional” aún no ha encontrado a un LORENZETTI de Siena que pueda pintar “*Los efectos del buen gobierno*”<sup>16</sup>.

### III. PROCESOS Y PARTES, LA ESCALA DE LAS FORMAS INSTITUCIONALES Y DE LOS FOROS INFORMALES EN FUNCIÓN DE CAMBIO Y DESARROLLO, ACREDITACIÓN Y PRESERVACIÓN; “TIEMPO Y CULTURA CONSTITUCIONAL”. LOS “PROCESOS DE CRECIMIENTO” CONSTITUCIONALES

Uno de los grandes aciertos en la historia evolutiva del Estado constitucional, fue el haber descubierto los diferentes instrumentos que permiten elaborar el “factor tiempo”. Lo que quiera que sea el “tiempo” – todos

14. De la literatura italiana: D’ATENA, A., a cura di, *Federalismo e Regionalismo in Europa*, 1994; *Quale Federalismo?*, a cura di M. Sabella e Nadia Urbinati, 1994; asimismo HÄBERLE, P., pp. 107 y ss.; entre la literatura alemana sobre regionalismo: F. OSSENBÜHL (edit.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990; HÄBERLE, P., *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 209 y ss.; F. Esterbauer (edit.), *Regionalismus*, 1978; entre la literatura suiza: L.R. BASTA / FLEINER, T. (edit.), *Federalismen and multiethnic States. The case of Switzerland*, 1996; en general; S. BARTOLE y otros, *La volonta degli Stati membri e delle Regioni nelle Vicende del Federalismo*, 1996.

15. Compárese a WEBER, A., *Klarheit und Bürgernähe, Was ein Einwanderungsgesetz leisten könnte*, FAZ del 26 de agosto de 1996, pp. 8 s.; WEIDENFELD, W., *Einwanderungspolitik braucht Sachkunde und Spürgefühl*, FAZ del 7 de agosto de 1998, pp. 8.

16. Compárese mi contribución *Ethik im Verfassungsaal*, FS Knöpfle, 1996, pp. 119 y ss.

conocemos la cita de San Agustín, pero también el lamento de la “mariscal” en *El Caballero de la Rosa* de H. VON HOFMANNSTHAL, cuando se refiere al tiempo como “cosa singular”. El Estado constitucional vive sobre y a partir del “eje” del tiempo, instala “ventanas temporales”, para satisfacer la dialéctica de la estática y la dinámica, el cambio y la preservación, como formas de reafirmar su vigencia.

Valga recordar la siguiente *tipología* o *escala* para el grandioso tema de “tiempo y cultura constitucional”<sup>17</sup>:

1) La *revisión total* del instrumento constitucional es la forma más vigorosa de elaborar el cambio. A nivel cantonal, Suiza ha desarrollado formas y procedimientos ya clásicos para esta forma de “constitucionalidad evolutiva” que es la más intensa de todas. Un conjunto de normas establece pautas sobre la puesta en marcha del proceso, las partes (en particular el pueblo) y diferentes procedimientos a seguir<sup>18</sup>.

2) En un peldaño inmediatamente inferior por orden de intensidad, encontramos la *reforma constitucional*, o “revisión parcial”. Pese a todas las diferencias que pudieran existir entre los países, aparecen contornos de ciertos requisitos, formas, procedimientos y partes como denominador común de estructuras básicas<sup>19</sup>. En un Estado federal existen variantes irrenunciables<sup>20</sup>. Pero recordemos también los tan mentados *límites* que adoptan la forma de cláusulas constitucionales pétreas como garantía de identidad del Estado constitucional<sup>21</sup>. Existe la “reforma constitucional” como enmienda

17. Tal el título de mi estudio de 1983, publicada ahora también en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 627 y ss.; véase primero HÄBERLE, P., *Zeit und Verfassung* (1974), también en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß* (1978), 2. edic., 1996 (3.ª ed. 1998), pp. 59 y ss.

18. Al respecto de la literatura: mi informe: *Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz* JöR (1985), pp. 303 y ss. El mismo, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse*, AöR 112 (1987), pp. 54 y ss.; STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. I (2 edic. 1984) § 5, pp. 143 y ss.; H-SCHNEIDER, P., *Die verfassungsgebende Gewalt*, HdBSfR T. VII (1992), pp. 3 y ss.

19. De la literatura; ROSSNAGEL, A., *Die Änderung des Grundgesetzes*, 1981; BUSHART, C., *Verfassungsänderung in Bund und Ländern*, 1989; B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 111 y ss.; BADURA, P., *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, HdBSfR T. VII, 1992, pp. 57 y ss.

20. Al respecto STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. I, 2.ª edic., 1984, pp. 666 (... 747 y ss.).

21. Al respecto H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953; posteriormente HÄBERLE, P., *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien* (1985), también en: el mismo, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, *Op. cit.*, pp. 597 y ss.; KIRCHHOF, P., *Die Identität der Verfassung*, en HdBSfR, 2 edic. 1995, T. I, pp. 775 y ss.

del *texto* constitucional, pero también está la “mutación constitucional”, como cambio sin modificación del texto escrito. G. JELLINEK fue uno de los primeros en describir este procedimiento, que es un recurso imprescindible para el perfeccionamiento de la Constitución.

3) Un escalón más abajo nos encontramos con las *leyes complementarias*. En la década de los setenta se desarrollaron en Alemania leyes, sobre todo en el área universitaria y en la formación de juristas, que incluyen cláusulas surgidas de las costumbre sociales<sup>22</sup> que admiten “reformular las reformas”.

4) Las *cláusulas generales* en las leyes parlamentarias formales constituyen una irrenunciable “ventana de tiempo” para los cambios paradigmáticos. Pensemos sobre todo en las cláusulas generales del Código Civil alemán BGB (“leal saber y entender”, “ley moral”, etc.) que hacen aparecer al “juez como legislador” (A. MEYER-HAYOZ) y que abren considerables posibilidades de perfeccionar el Derecho por vía del Tercer Poder, como se aprecia claramente en la retrospectiva histórica.

5) Finalmente, valga mencionar como método “más refinado”, el voto particular de los jueces del Tribunal Constitucional previsto en la jurisdicción constitucional alemana, entre otras, y en el caso de la Corte Constitucional de Roma que aún se está analizando<sup>23</sup>. La historia del artículo 30 de la ley que dio origen al Tribunal Constitucional alemán, presenta toda una serie de éxitos. Registra casos importantes de votos particulares que quedaron inscritos para siempre en las páginas de la historia constitucional y que más tarde fueron asumidos por la mayoría del Tribunal Constitucional. Un fallo, hoy clásico, fue el juico sobre seguridad social RUPP vs. VON BRÜNCECK (sentencia en relación a derechos sociales como derechos de propiedad en el sentido del art. 14 de la Ley Fundamental; compárese E 32, 129).

Todos los procedimientos exigen una definición concreta de las partes. Estas partes van desde el pueblo formalizado como “poder constituyente”, manifestado sólo en la Ley Fundamental de 1949 y trunco (lamentablemente) en 1990, y las reformas constitucionales introducidas vía Bundestag (art. 79 GG) y las comisiones parlamentarias en el caso de las leyes ordinarias, hasta el juez en la interpretación de cláusulas generales.

22. Al respecto HÄBERLE, P., *Zeit und Verfassung* (1974), también en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978 (3a. edic. 1998), pp. 59 y ss.

23. Respecto de la jurisdicción constitucional en Italia, LUTHER, J., *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1990; DIETRICH, M., *Der italienische Verfassungsgerichtshof*, 1995.

Según de qué problemática se trate, interviene la jurisprudencia, como por ejemplo, en la definición del art. 79, inc. 3 de la Ley Fundamental (compárese la sentencia del Tribunal Constitucional 30, 1 sentencias sobre escuchas, más recientemente la sentencia relacionada al art. 16 a Ley Fundamental: sentencia 94). Informalmente, interviene asimismo la comunidad académica, transformando la "doctrina constitucional en literatura" y actuando ya sea como crítico *ex post* o perito *ex ante*. Finalmente está involucrada la "sociedad abierta de intérpretes constitucionalistas"<sup>24</sup>.

Merece destacarse también el trabajo de las *Comisiones Reformadoras*, constituidas en nutrido número en Italia<sup>25</sup> y que Alemania instituyó también en diferentes oportunidades, tanto en el ámbito federal, como en el nivel de los *Länder*: Valga citar la Comisión técnica que entendió en el tema específico del reordenamiento territorial, según lo establece el art. 29 de la Ley Fundamental (no trascendieron las comisiones de 1972 ("Ernstkommission") y 1955 ("Luther-Kommission" de 1955<sup>26</sup>), la Comisión de expertos constituida en el tema de los objetivos de Estado en 1983 ("Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge"), y con anterioridad y de un carácter más general en la década de los setenta, la Comisión de Encuesta del *Deutscher Bundestag*<sup>27</sup>. Durante los últimos meses de la RDA, constituyó un gremio de este tipo la "Mesa Redonda" de Alemania Oriental y finalmente en la Alemania unificada la llamada "Comisión Constitucional Común"<sup>28</sup>, expresión de "matemática avanzada" del federalismo alemán (2 x 16 representantes de los *Länder* en el *Bundesrat* y miembros del *Bundestag*). Da testimonio de la cultura constitucional específica de Suiza, el hecho de que allí exista una gran tradición de proyectos constitucionales *privados*, por ejemplo de los eruditos M. IMBODEN (1959) y A. KÖLZ/J.P. MÜLLER (1984, 3.ª ed. 1995), respectivamente. En Alemania, en la jurisdicción de los *Länder*

24. En el sentido de mi propuesta teórica de 1975: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation*, JZ 1975, pp. 297 y ss., también en *Verfassung als öffentlicher Prozeß* (1978), 3.ª edic. 1998, pp. 155 y ss.

25. Al respecto LUTHER, J., *Die italienische Verfassung im letzten Jahrzehnt*, JöR 43 (1995), pp. 475 y ss.; en general HÄBERLE, P., *Das GG vor den Herausforderungen der Zukunft*, FS Dürig (1990), ahora en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3.ª ed. 1998, pp. 746 y ss.

26. Al respecto STERN, K., *Op. cit.*; HÄBERLE, P., *Aktuelle Probleme des Deutschen Föderalismus* (1991), ahora en, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 83 y ss.

27. Compárese los informes *Fragen der Verfassungsreform*, Zur Sache 1/73, 1973; de la literatura: WAHL, R., *Empfehlungen zur Verfassungsreform*, AöR 103 (1978), pp. 477 y ss.

28. KLOEPFER, M., *Verfassungsänderungen statt Verfassungsreform*, 1995; BERLIT, U., *Die Reform des Grundgesetzes nach der staatlichen Einigung Deutschlands*, JöR 44 (1996), pp. 17 y ss.

se formaron Comisiones Reformadoras en los Estados-ciudad de Berlín, Bremen y Hamburgo (1989) y más recientemente en el *Land* Renania Palatinado<sup>29</sup>.

## PERSPECTIVA Y FINAL

Todas estas diferentes formas de impulsar una reforma constitucional persiguen como objetivo común la *aproximación* a la justicia y a la verdad<sup>30</sup>, algo que seguirá siendo un objetivo "eterno", siempre inalcanzable, como lo es toda obra humana y el Derecho, la libertad y la paz, como valores culturales estarán en permanente riesgo. No obstante, podemos postular la idea de la reforma constitucional como verdad *parcial*<sup>31</sup> que nos permite trabajar en la forma propuesta por Popper, sin una noción exaltada de progreso, pero con la paciencia necesaria para la permanente búsqueda de la justicia, codo a codo con otras disciplinas científicas, a sabiendas de que la normatividad de la Constitución sólo puede ser indagada en su dimensión cultural más profunda, en cooperación con otras disciplinas científicas, no normativas.

---

29. Al respecto, GUSY, C. / MÜLLER, A., *Verfassungsreform in Rheinland-Pfalz*, DÖV 1995, pp. 257 y ss. y GUSY, C. / MÜLLER, A., *Die verfassungsrechtliche Entwicklung in Rheinland-Pfalz von 1986 bis 1998*, JöR 45 (1997) (en progreso); MÜLLER, A., *Verfassungsreform in Rheinland-Pfalz*, DÖV ver pp. 257 y ss.; respecto de Hamburgo: P. UNRUH, *Zum Stand der Verfassungsreform in Hamburg*, DÖV 1995, pp. 205 y ss.

30. Al respecto véase mi estudio: *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995.

31. Tal vez algún día pueda escribirse para el Verfassungsstaat de R. VON JHERINGS "Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung" (1852) una obra con genial.