

CAPÍTULO V

MANIFESTACIONES PARTICULARES

§ 63. LA DIGNIDAD HUMANA COMO PREMISA ANTROPOLÓGICO-CULTURAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

A pesar de la gran tradición jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán¹, no se advierte ninguna fórmula que pueda considerarse suficiente, "manuable", de lo que es la dignidad humana. De las diversas cláusulas sobre la dignidad humana de las constituciones se llega a percibir, "entre líneas", que aquéllas están referidas a una concepción culturalmente específica de la dignidad humana. Esto plantea la cuestión de la dependencia cultural (y, sobre todo, de la dependencia religiosa) de las concepciones de la dignidad humana². Así, por ejemplo, la posición de la mujer en el Islam, ¿es contraria a un contenido de la dignidad humana válido en todo el mundo ("universal") e irrenunciable? ¿O más bien se aplica la famosa frase: "*The mores can make anything right*" (William G. Sumner)?

¹ Referencias en Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en *HdBStR*, vol. 1, 1987; 2ª ed., 1995, p. 815 (820 y ss.); Dreier, en *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, art. 1º, inc. 1, nº marg. 81 a 86. Por último, BVerfGE 89, 28 (35); 93, 266, en relación con la protección del honor personal. Ver, también, E 94, 12 (24); 95, 96 (130); 97, 391 (399 y 400).

² Cfr. BVerfGE 12, 1 (4): "actuales pueblos civilizados", "piso de ciertas concepciones morales básicas coincidentes en el curso de la evolución histórica"; cfr., también, BVerfGE 23, 236 (246).

¿Existe un *núcleo* de la dignidad humana que sea independiente del ámbito cultural?

Esta pregunta solamente puede responderse en forma específica respecto de los derechos fundamentales³. Hay que partir de la tesis de que el conjunto de los derechos de tipo personal, por un lado, y los deberes, por el otro, le deben permitir al ser humano llegar a ser persona⁴, serlo y seguir siéndolo. En esta garantía jurídica, específica de los ámbitos vitales, del *ser persona*, de la identidad, encuentra la dignidad humana su lugar central: el cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la "dignidad humana". Aquí deben distinguirse dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad y en qué medida puede partirse de un concepto de identidad válido *entre culturas* (y, por tanto, universal).

a) **ALGUNAS CONSECUENCIAS.** Si se observan los conceptos de identidad psicológicos y científico-sociales, se advierte una similitud material (no terminológica): la identidad parece realizarse en una libertad contenida por un marco determinado; dicho marco es, en parte, también la "superestructura" jurídica de la sociedad, y en él el principio de la dignidad humana transmite al individuo determinadas "concepciones normativas de la persona", las cuales se hallan marcadas por la cultura en la que han surgido⁵.

Sin embargo, la dignidad humana no sólo es analizable en términos culturalmente específicos. Una mirada a los conceptos de identidad válidos entre culturas muestra que ciertos componentes fundamentales de la personalidad

³ Véase ya BVerfGE 12, 45 (50 y 51); más tarde, E 54, 341 (357).

⁴ Así, Wintrich, *Zur Problematik der Grundrechte*, especialmente p. 6: le corresponde al ser humano su dignidad, porque "en esencia es" persona.

⁵ Ver, también, Zippelius, *Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung)*, art. 4º de la LF, nº marg. 4: "El segundo concepto capital de las concepciones vivientes en nuestra comunidad cultural (!) sobre la dignidad humana es la autonomía moral".

humana deben ser tomados en cuenta en todas las culturas, con lo cual se convierten en contenido de un concepto de dignidad humana que no sea reductible a una cultura específica.

Más allá de lo anterior, no es estático en lo absoluto el marco de orientación frente al cual llega a ser persona el ser humano, desenvolviéndose de manera libre pero orientada. Las posibilidades garantizadas, es decir, socialmente aceptadas, de desenvolvimiento y comunicación, por ejemplo, en forma de roles estabilizados, como los "modelos" de una profesión, se convierten en parte del marco de orientación (que no es sólo jurídico); la especificidad cultural de las concepciones sobre la dignidad humana se convierte, así, en especificidad cultural en el tiempo, y el marco de orientación se hace más flexible y diferenciado gracias al creciente número de sus posibilidades de orientación⁶, por lo que se vuelve difícil, si no imposible, el regreso a las tradicionales concepciones estáticas.

Dicho en otras palabras: la fórmula del *objeto* de Dürig se convierte en fórmula del *sujeto*; el Estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos *sujetos* de su actuación⁷. En este sentido, la dignidad humana es la biografía desarrollada y en desarrollo de la relación entre el ciudadano y el Estado⁸ (y con la desaparición de la separación entre Estado y sociedad, de la relación Estado/sociedad-ciudadanos). Aquí reside la justificación (parcial) de destacar a la dignidad humana como

⁶ Por lo tanto, también es funcionalmente "correcto" normar un derecho fundamental "residual" o general ("*Auffang-Grundrecht*"), como el art. 2º, inc. 2, de la LF, que en unión con el art. 1º, inc. 1, puede actuar hacia el futuro.

⁷ De manera clara, BVerfGE 38, 105 (114 y 115); 9, 89 (95); E 87, 209 (228); ver, también, E 89, 28 (en especial, p. 35). Es fundamental el trabajo de Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, recogido más tarde en *Gesammelte Schriften*, p. 127 y siguientes.

⁸ El art. 79, inc. 3, de la LF no se refiere tanto a conceptos abstractos ético-filosóficos de dignidad, sino más bien a la biografía desarrollada de la relación Estado-(sociedad) ciudadanos.

autopresentación exitosa de una persona constituida en individuo y, por tanto, como logro propio de cada ser humano en lo individual⁹, la que, por ejemplo, resulta evidente, en términos prácticos, como "derecho a la autodeterminación informacional"¹⁰. El concepto (de la percepción y el logro) de la identidad se entiende aquí, en virtud de la apertura de aquel marco orientador para la dignidad humana, en un sentido amplio que incluye las condiciones de posibilidad sociales y jurídicas¹¹.

b) *LA DIGNIDAD HUMANA EN RELACIÓN CON EL "TÚ" Y EN LA SOLIDARIDAD DE LAS GENERACIONES.* Los conceptos científico-sociales de la identidad comprueban, además, otra idea jurídica: en la dignidad humana se concibe de entrada también la relación con el "tú". El reconocimiento de la "igual dignidad humana del otro"¹² constituye el puente dogmático hacia la adecuación relativa al "tú" de la dignidad humana "del uno", tal como lo han "concretizado" de manera especial la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la imagen del hombre¹³ o el catálogo de los derechos fundamentales, en particular los arts. 6º y 140, 9º y 21, o el art. 28, inc. 2, de la LF¹⁴. La referencia al "otro", al "prójimo", al "tú" y al "hermano" (en el sentido de la fraternidad de 1789), actualmente también a

⁹ Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 2ª ed., p. 68 y ss.; Podlech, *GG AK*, 2ª ed., vol. I, art. 1º, inc. 1, nº marg. 11.

¹⁰ Cfr. BVerfGE 65, 1 (41 y siguientes). Badura, *Staatsrecht*, 2ª ed., p. 112 y siguientes.

¹¹ Un concepto más estricto en Podlech, *GG AK*, art. 1º, inc. 1, nº marg. 34 y siguientes.

¹² Cfr., sobre los derechos de igualdad: *HdBStR*, vol. V, 1992, p. 837 y ss. (en especial, Kirchhof, P.); Hesse, *Der Gleichheitssatz in der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en "FS Lerche", 1993, p. 121 y siguientes.

¹³ Al respecto, ver Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, p. 44 y siguientes. De la bibliografía: Bergmann, *Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention*.

¹⁴ Sobre el *status corporativus*, Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3ª ed., p. 376 y siguientes.

la "hermana", es una parte integral del principio jurídico-fundamental de la dignidad humana.

c) *LA DIGNIDAD HUMANA EN EL CAMBIO CULTURAL.* El enunciado constitucional sobre la dignidad humana trae consigo un grado mínimo de capacidad de desarrollo y, con ello, también de transformación de la dignidad humana, que es "absoluta" en apariencia. De este modo, los peligros en el campo ambiental apenas entran recientemente en la conciencia general, o bien, sólo en época próxima se tiene percepción de algún grupo social marginal (como el de los transexuales): las cláusulas sobre la dignidad humana se encuentran en el contexto de la cultura constitucional, la cual apunta más allá de lo jurídico en la Constitución, hacia lo cultural, es decir, hacia los textos clásicos lo mismo que hacia utopías concretas (p.ej., la de los ecologistas), hacia las experiencias de un pueblo (p.ej., con las tiranías), así como hacia las esperanzas (hasta 1990, la unidad de Alemania; actualmente, la de Europa).

d) *LA VINCULACIÓN ENTRE DIGNIDAD HUMANA Y DEMOCRACIA.* Analizaremos seguidamente la evolución del contexto.

1) *El pensamiento clásico de la separación y su crítica.* El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana. En la historia de las ideas, la soberanía popular y la dignidad humana fueron concebidas y "organizadas", la mayoría de las veces, en forma separada. La soberanía popular era la contrapartida político-polémica de la soberanía del príncipe o monarca¹⁵. Su concepción clásica en la tradición de Rousseau ("toda la soberanía dimana del pueblo") impregna los textos constitucionales escritos y la tradición científica hasta la fecha. Su fuerza de convicción es tanta que las correcciones se toman en cuenta de manera periférica, los

¹⁵ Sobre la soberanía, cfr. la exposición básica de Dagoglou, voz "Souveränität", *EvStL*, 1966, cols. 2321 y ss. (3ª ed., cols. 3155 y siguientes).

cuestionamientos fundamentales casi no lo son y muy rara vez se perciben las variantes sustanciales de los textos constitucionales. En la frase de Dolf Sternberger, "no todo el poder del Estado dimana del pueblo", reside todavía una inclinación involuntaria frente a la posición de J. J. Rousseau que se está combatiendo. En el postulado de la democracia con división de poderes o del Estado de derecho¹⁶ radica, asimismo, tanto una corrección de las doctrinas "absolutas" de la soberanía popular como una indicación de la fragmentación pluralista de la voluntad del pueblo¹⁷. Sin embargo, sigue siendo una tarea pendiente la de desprender a la soberanía popular de su origen histórico-polémico, para verla en vinculación con la dignidad humana.

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

Algunos textos constitucionales más recientes recorren, casi sin que se advierta, una vía distinta¹⁸, ya sea modifi-

¹⁶ Bämlin, *Die rechtsstaatliche Demokratie*.

¹⁷ Hesse, *Der Gleichheitssatz in der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en "FS Lerche", 1993, p. 61 y siguientes.

¹⁸ De manera puntual se indica la relación entre pueblo y derechos humanos, por ejemplo, en el art. 130 de la Const. de la Iglesia de San Pablo (1849); ver, también, el art. 1º, frase 2, de la Const. federal austríaca (1920): "Su derecho proviene del pueblo". El encabezado del apartado de derechos fundamentales de la Constitución de Japón (1946) dice: "Los derechos y deberes del pueblo" (citado en Neumann, *Änderung und Wandlung der japanischen Verfassung*, p. 187).

cando la cláusula de la soberanía popular¹⁹, o bien construyendo la parte de los derechos fundamentales de manera tan evidente a partir de la garantía de la dignidad humana, que esto no puede quedar sin efectos sobre la concepción de la tradicional cláusula de la soberanía popular; así, por ejemplo, en el art. 1º de la LF, que "corrige" al art. 20, inc. 2. Si de acuerdo con el proyecto constitucional de Herrenchiemsee de 1948 (art. 1º, inc. 1), "el Estado se encuentra al servicio del ser humano" (y no a la inversa), entonces bien puede ser que todo el poder del Estado dimane del pueblo, pero este enunciado encuentra ya su "premisa primaria" en la dignidad humana! Es el "punto de referencia arquimédico" de todas las derivaciones y contextos del gobierno y de las "cadenas de legitimidad", que también son necesarias en el Estado constitucional. El "gobierno del pueblo" (por el pueblo y para el pueblo) es concebido apenas en una segunda etapa del razonamiento. Como principio jurídico, la protección de la dignidad humana (y también su irradiación hacia los derechos fundamentales en lo particular!) es anterior al Estado y al pueblo y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado [cfr., al respecto, BverfGE 93, 37 (67 y 68)].

Un paralelismo entre dignidad humana y soberanía popular se advierte claramente en los arts. 1º y 2º de la Const. de Grecia (1975). El art. 1º, inc. 2, dice: "La soberanía del pueblo es el fundamento sobre el que descansa la forma de gobierno"; el inc. 3: "Todos los poderes emanan del pueblo, existen para su beneficio...", etcétera. Cuando el art. 2º, inc. 1, norma la "obligación fundamental" del Estado de respetar y proteger la dignidad humana, de entrada se encuentran vinculados la soberanía popular y el concepto de la dignidad humana, pero el art. 1º de la

¹⁹ Cfr. el art. 1º, inc. 2, de la Const. del Burgenland: "El Burgenland se funda en la libertad y la dignidad del ser humano".

Const. de Portugal (1976-1992) formula aun mejor esta vinculación²⁰.

e) *LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. PROGRESIVA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO POSITIVIZACIÓN.* Un primer conocimiento sobre la relación entre derechos humanos²¹ y Estado constitucional puede obtenerse de una comparación espacio-temporal de los propios textos constitucionales. La teoría de la Constitución, entendida como "ciencia jurídica de los textos y la cultura", toma los textos constitucionales positivos como punto de partida, los sitúa en sus contextos culturales y de este modo es capaz de reconstruir la evolución del tipo del Estado constitucional, porque los constituyentes de todos los tiempos y naciones se encuentran en un proceso intensivo de producción y recepción. De este modo, ha surgido en la actualidad un espacio público mundial del Estado constitucional. Puesto que el constituyente más reciente no sólo "copia" los textos antiguos de los otros, sino que retoma en parte también la jurisprudencia y la doctrina constitucionales ajenas y las vacía en textos, y en virtud de que además de que trata de dar forma de tex-

²⁰ "Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria".

²¹ La bibliografía ya es inabarcable: por ejemplo, Schwartländer (ed.), *Menschenrechte: Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung und Menschenrechte und Demokratie*; Kühnhardt, *Die Universalität der Menschenrechte*; Meisen (ed.), *Grundrechte und Menschenrechte in verschiedenen Kulturen*; Maier, *Überlegungen zu einer Geschichte der Menschenrechte*, en "FS Lerche", 1993, p. 43 y ss., y *Wie universal sind die Menschenrechte?* De la bibliografía estadounidense sobre los derechos fundamentales: Abernathy - Perry, *Civil liberties under the Constitution*, 6ª ed.; Dworkin, *Taking rights seriously* (trad.: *Los derechos en serio*); Vieira, *Civil rights in a nutshell*, 2ª ed.; ver, también, Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten*. Sobre Francia: Itin, *Grundrechte in Frankreich*; Cicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 11ª ed., p. 87 y siguientes. Sobre Italia: Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, 2 partes, 2ª ed.; Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*; Modugno, "Nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale.

to nuevo en parte a la realidad constitucional ajena y plenamente, de su lado, a la "Constitución no escrita", el Estado constitucional se vuelve tangible, como tipo ideal y real, en el "curso del-tiempo", a través de la "evolución de etapas textuales". Independientemente de todas las variantes nacionales y de las diferencias contextuales de las diversas constituciones, gracias al paradigma de las etapas textuales es posible dar un nombre y vaciar en conceptos lo dinámico y lo estático, lo común y lo distinto, lo nuevo y lo viejo, del tipo del Estado constitucional y sus temas. Por ejemplo, los dos países ibéricos y el contexto cultural especial en que se encuentran con América latina, para gran utilidad de toda Europa (hay que mencionar el gran arco que va de la Constitución de Cádiz de 1812 a la nueva Constitución de Colombia de 1991), abre perspectivas especiales a la teoría comparada de la Constitución.

1) *Los derechos humanos como parte integrante de las cláusulas generales de reconocimiento.* Un elemento textual ya clásico lo constituyen las cláusulas generales de reconocimiento de los derechos humanos, ya sea en los preámbulos o en los artículos de bases. Su modelo estilístico es el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa de 1789 ("derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre"); ya la Declaración de Derechos de Virginia (1776) contiene la frase (en I) de que "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes". Más tarde dice el Preámbulo de la Constitución francesa (1958-1976): "El pueblo francés declara solemnemente su adhesión a los derechos del hombre... tal como fueron definidos por la Declaración de 1789..."²² Quizás el giro lingüísticamente más bello sea el logrado por el Preámbulo de la Constitución del

²² Por ejemplo, se dice en el Preámbulo de la Constitución de Baden-Württemberg (1953): "en reconocimiento solemne de los derechos inviolables e inalienables del hombre y de los derechos fundamentales de los alemanes..."

Cantón suizo del Jura (1977): "*Le peuple jurassien s'inspire de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, de la Déclaration Universelle des Nations Unies proclamée en 1948 et de la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950*"²³. El Preámbulo de la Constitución del Perú de 1979 se manifiesta resuelto a fundar un Estado democrático que "garantice, a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos".

En el art. 2º de los principios fundamentales de la Constitución de Italia (1947) se dice: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales". De acuerdo con el Preámbulo de la Constitución española (1978), la nación española proclama su voluntad de proteger "a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos". Aquí podemos remitirnos a otros ejemplos²⁴. El art. 7º, inc. 1, de la Const. de Sudáfrica (1996-1997) dispone plásticamente: "*This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa*".

²³ "El pueblo del Jura se inspira en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en la Declaración Universal de Naciones Unidas proclamada en 1948, y en la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950". Este texto es retomado por el art. 2º, inc. 2, de la Const. de Brandeburgo (1992): "El pueblo del *Land* de Brandeburgo reconoce los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la Carta Social Europea y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos".

²⁴ El art. 2º de la Const. de Turquía (1982): respeto de los derechos humanos. El art. 1º de la Const. de Baden (1947) pone los derechos humanos "inalienables y sagrados" bajo la protección de la Constitución. Ver, también, el art. 1º de la Const. de la República Checa de 1992 (citado en *JöR*, vol. 44, 1996, p. 458 y ss.): "La República Checa es un Estado de derecho soberano, unitario y democrático fundado en el respeto de los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano". Preámbulo de la Constitución de Bulgaria de 1991: "*érigeant en principe suprême les droits de l'individu, sa dignité et sa sécurité...*". Art. 12, inc. 1, de la Const. de la República Eslovaca de 1992 (citado en *JöR*, vol. 44, 1996, p. 478 y ss.): "*People are free and equal in their dignity and rights*". Preámbulo de la Constitución de Georgia (1995): "*The citizens of Georgia... guarantee universally recognized human rights*".

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

El art. 27, inc. 2, de la Const. española es pionero en este sentido²⁵: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Esta idea es recibida en el art. 22, párr. 3º, de la Const. peruana de 1979: "La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en todos sus niveles". Más tarde, y en forma mejorada, el art. 72, párr. 2º, de la Const. de Guatemala (1985) dice: "Se declaran de interés nacional la educación, la instrucción, formación social y la enseñanza sistemática de la Constitución de la República y de los derechos humanos".

§ 64. ASPECTOS DE FILOSOFÍA DE LAS IMÁGENES: IMAGEN DEL HOMBRE, DEL ESTADO, DEL PUEBLO, DE DIOS, DEL MUNDO

La teoría de la Constitución, entendida como ciencia jurídica de los textos y la cultura, puede asociarse con una

²⁵ Una formulación más temprana podría ser la de la Constitución de Méclemburgo-Antepomerania de 1947, cuando exige que se eduque a la juventud en la "verdadera humanidad", o el art. 131, inc. 2, de la Const. de Baviera (1946), que eleva el respeto de la dignidad del hombre a la categoría de fin de la educación (cfr. también el art. 28 de la Const. de Brandeburgo de 1992).

"filosofía de las imágenes", ya que la teoría del derecho del Estado trabaja desde hace tiempo (siguiendo la jurisprudencia respectiva del TCFA) con la categoría de la "imagen del hombre" (*Menschenbild*)²⁶, la cual es un aspecto de una tríada, junto con la "imagen del Estado" y la "imagen del mundo". El hombre, el Estado constitucional y el mundo denotan cosas que van juntas, también, y precisamente, para el jurista, el cual, por cierto, tratándose de este tema, tiene todo el motivo de abrirse ampliamente a las otras disciplinas, ya que éstas participan en la constitución del "mundo" —al menos en la (re)construcción a través del ser humano—; piénsese en el "ethos mundial" entre los pueblos que propone el teólogo H. Küng, el cual pretende ser al mismo tiempo proyecto y patrimonio cultural. La teoría del Estado constitucional podría tener actualmente razones especiales para cuestionar sus competencias y funciones con vistas al mundo (no sólo porque la mayoría de los Estados sean Estados constitucionales o quieran serlo), ya que asume toda clase de responsabilidades que se refieren al mundo y es sujeto en forma especial del derecho internacional en desarrollo, en el plano universal en el marco de las Naciones Unidas, como también regionalmente por la vía de la ayuda al desarrollo, por ejemplo, para África, o también en forma de exigencias e intervenciones, como la de la Unión Europea en los Balcanes.

Ciertamente son otras ciencias y las artes las que, mucho antes que la teoría constitucional, han escogido como su objeto al "mundo" o, desde el punto de vista humano, a la "humanidad". Así, tenemos la gran obra de J. G. Herder, *Ideas para una historia de la filosofía de la humanidad* (1785), o las *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita* de Kant (1775-1795); también conocemos las "reflexiones sobre la historia universal" de J. Burck-

²⁶ Ver, al respecto, Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, p. 12 y ss., donde se aborda por primera vez la cuestión de la "imagen del mundo".

hardt (1905)²⁷. Antes que ellos ya hablaba G. W. F. Hegel del "espíritu universal" y del "juicio universal" (1821). La ciencia histórica ha intentado siempre escribir una "historia universal". Así, A. Heuss no deseaba estudiar sino altas culturas que poseyeran una cierta "vocación universal" ("*Welthaftigkeit*"), que durante cierto tiempo hubieran ejercido una influencia en el mundo. Esta "vocación universal" podría atribuirse a las altas culturas china, hindú, árabe-musulmana y, sobre todo, a la europea. Es esta última la que actualmente marca a la humanidad, contra la creciente resistencia del "mundo" islámico, por ejemplo, en materia de derechos humanos, democracia y economía social de mercado. De este modo, podríamos considerar, con H. Freyer, que la historia universal del siglo xx ha sido una "historia universal de Europa"²⁸, pero ciertamente no sería cinismo constatar que las primeras "guerras mundiales" calificadas como tales, empezaron en Europa. Ciertamente, a la búsqueda de la "imagen del mundo" europea, tendremos particular éxito en encontrarla en las artes (plásticas), por ejemplo, de la Edad Media y después de 1492. Y J. W. v. Goethe hizo su aportación anticipada en el verso: "De Dios es el Oriente, de Dios es el Occidente, en la paz de sus manos descansan las tierras del norte y del septentrion".

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

²⁷ Cfr. Burckhardt, *La cultura del Renacimiento en Italia*, parte cuarta: "El descubrimiento del mundo y del hombre".

²⁸ Freyer, *Weltgeschichte Europas*, 3ª ed.; Heuss, *Zur Theorie des Weltgeschichte*.

tencia y la cooperación? Aquí le corresponde un lugar al proyecto de J. Habermas²⁹:

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

Y:

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

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

§ 65. **LIBERTAD CULTURAL, LIBERTAD A PARTIR DE LA CULTURA, LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

En la dimensión cultural es preciso considerar a la libertad fundamental, así como a la democracia en la libertad (y la cultura), también a partir de sus resultados. Tan arbitrario como puede y debe ser lo que el individuo hace

²⁹ Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 659, 138 y ss.: "supuesta república de los ciudadanos del mundo" (trad.: *Facticidad y validez*, p. 643).

(o no) con o de su libertad, así estará orientada al resultado, vista en conjunto, la garantía de la libertad de todos y como tal.

a) **LIBERTAD CULTURAL.** Considerada en el eje del tiempo, es una conquista de muchas generaciones; vista en un "corte transversal", es el producto de diversos círculos y grupos de un pueblo o de los intérpretes constitucionales. A partir de la estatura individual de un pueblo, se garantiza esencialmente la libertad en función de sus "objetivaciones" y "materializaciones", es decir, de los *resultados* que su ejercicio particular pueda producir; las luchas por lograr formas culturales alternativas y su consecuente reconocimiento (p.ej., The Beatles) confirman la vinculación entre cultura y libertad.

El concepto de "libertad cultural" pretende, pues, enriquecer la libertad a partir del objeto, no en el sentido de un requisito normativo obligatorio, sino a partir del resultado esperado, aunque éste sea frecuentemente erróneo. Así vista, toda libertad es "libertad cultural": como libertad que, conforme a una apreciación realista, está incorporada en una red de fines educativos y valores orientadores, parámetros culturales y obligaciones materiales, en suma, que tiene literalmente a la cultura como objeto, incluso como función. En esta forma, la cultura es objeto tanto de la libertad *del* individuo y *en lo particular*, como también de la libertad como *situación global* de un pueblo. Esta libertad "cuaja" o se objetiva en elementos culturales; se producen cristalizaciones culturales sobre las cuales puede construirse más tarde el ejercicio individual y el colectivo de la libertad. Los procesos de crecimiento cultural se desenvuelven a través del juego recíproco que va desde la libertad "potencial", pasando por la libertad "realizada" y los resultados culturales de la libertad, hasta las obras a partir de las cuales es posible, pero también es necesaria e incluso debe arriesgarse (con la posibilidad del fracaso), la nueva libertad individual: la libertad de opi-

nión y de prensa conducen a opiniones y obras impresas que benefician al proceso cultural y político; la libertad del arte y de la ciencia conduce a obras científicas y artísticas, incluyendo a la teoría del derecho constitucional como ciencia y como literatura, las cuales pueden ser de auxilio en futuros procesos interpretativos; la libertad de credo religioso conduce a contenidos y orientaciones religiosos que pueden influir en el concepto de sí mismos de los grupos religiosos; algo similar puede decirse de todos los aspectos corporativos de las libertades fundamentales. Los derechos fundamentales son normados, configurados y desarrollados en beneficio de estos "resultados globales" individuales y colectivos. Y lo que su ejercicio produce, en lo político, lo económico y lo cultural influye también a largo plazo en los derechos fundamentales, en su configuración normativa y en las vías de su realización. Los citados procesos de producción y recepción toman precisamente el camino que pasa "a través" de los derechos fundamentales.

b) EN PARTICULAR: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS CIUDADANOS. EL "STATUS MUNDIALIS HOMINIS"*. Los derechos fundamentales ("Grund-Rechte") constituyen en la actualidad el concepto que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales³⁰ son, aunque con diversa intensidad, parte integrante necesaria de la cultura jurídica de todo Estado constitucional que merezca tal nombre.

El marco teórico de los derechos fundamentales, fundado en la doctrina del contrato social (en el sentido de J. Locke, enfocado a la libertad y la propiedad; con base en T. Hobbes: la vida y la seguridad) y el que actualmente ha

³⁰ Ya la bibliografía alemana sobre la dogmática de los derechos fundamentales resulta inabarcable; aquí sólo unas cuantas referencias: Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 125 y ss.; Lerche, *Übersicht und Verfassungsrechts*; Dürrig, *Gesammelte Aufsätze*.

de entenderse como "contrato constitucional", debe extenderse del nivel nacional al universal: al lado de la sociedad particular de cada Estado y su *status civilis*, surge de manera complementaria la "sociedad mundial", con la consecuencia de un *status mundialis* fundamental de cada ser humano; en su campo de fuerzas debe "imaginarse" un "contrato social mundial" cuando menos como ficción en el sentido de I. Kant. No sólo en el interior de los Estados ha logrado el ser humano la transición del *status naturalis* al *status civilis*; también a nivel mundial, visto globalmente, se ha producido, al menos de manera ficticia, el paso del *status naturalis* al *status civilis*: los contratantes son todos los seres humanos, todos los Estados constitucionales y todos los pueblos, incluso hasta llegar a la perspectiva de las generaciones futuras. Todos ellos se garantizan mutuamente los derechos humanos de cada uno. Puede ser que la ciencia del derecho internacional todavía se encuentre algo atrasada en el reconocimiento de los derechos humanos, así como de la capacidad internacional de los seres humanos; sin embargo, es asunto de la teoría constitucional fundar una teoría de los derechos humanos mediante figuras intelectuales, como la del contrato social, que sean generales y se proyecten con un parámetro mundial. La tradición del idealismo alemán nos proporciona las palabras clave necesarias ("en clave cosmopolita", la "paz perpetua" de Kant en 1795, etc.), y el pensamiento anglosajón que va desde el *Bill of Rights* de Virginia (1776) hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) y la política de los derechos humanos de J. Carter, ofrecen la necesaria práctica de la teoría.

Los derechos humanos, entendidos como derechos de todo ser humano de todas las naciones, incluyendo los llamados "apátridas", tienen su raíz al mismo tiempo en el Estado constitucional nacional de la actual etapa evolutiva y en la *humanidad universal*. Los elementos textuales

se encuentran ya en la formulación del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948): "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; más adelante se habla de la "conciencia de la humanidad". También ahí se hace referencia a la "fe" de los pueblos de las Naciones Unidas en los "derechos fundamentales del hombre". La Ley Fundamental de 1949 se atrevió ya a disponer en su art. 1º, inc. 2: "El pueblo alemán reconoce por tanto los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda (!) comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo". De manera congenial, se dice en el Preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950: "Reafirmando su profundo apego a estas libertades fundamentales, que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo". Y en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) se encuentra la siguiente frase: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana..."³¹. Es asunto de la teoría de la Constitución, como doctrina del tipo del Estado constitucional, desarrollar más los elementos teóricos y textuales (p.ej., apartados propios sobre "derechos fundamentales de los extranjeros" o artículos que mejoren su posición, según el modelo del art. 13, inc. 1, de la Const. española; esto tendría que ser parte de la revisión de la LF alemana).

Así como hay derechos humanos "en" el Estado constitucional (p.ej., para los extranjeros, pero también para los

³¹ En el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dice: "Considerando que... la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables".

nacionales, en virtud de su naturaleza humana), así también hay elementos de un derecho humano a la nacionalidad: una prueba de la vinculación ideal, aquí propugnada, entre los derechos humanos y los derechos ciudadanos como "dos manifestaciones" de los derechos fundamentales; la palabra "fundamento" debe ser agotada, se refiere a lo preestatal, a lo "pre-positivo", a lo que está antes del derecho secundario, justamente a lo "fundamental". También se puede formular de la siguiente manera: el ser humano posee ciertos derechos "por naturaleza" y, al mismo tiempo, es justo el Estado constitucional (como cultura) el que le asegura, como tal, precisamente, estos derechos humanos y ciudadanos ("derechos culturales"). De manera significativa se dice en el art. 15 de la Declaración Universal (1948): "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad"³². La dificultad teórica reside en el intento de concebir al Estado, que resulta indispensable para los derechos fundamentales, dentro del campo preestatal de los derechos humanos, si se quiere: en el *status naturalis*, para lo cual, en última instancia, sólo puede auxiliarnos el enfoque culturalista. Esto quiere decir: si bien la libertad como derecho humano existe "por naturaleza", es "innata" (el art. 1º de la Declaración Universal dispone: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..."), en última instancia se "cumple" culturalmente, es un *derecho cultural*. La cadena del razonamiento va del *status naturalis* hacia el *status civilis* como *status culturalis* (cfr. el art. 58 de la Const. de Guatemala de 1985: derecho a la identidad cultural). Esto se manifiesta en el art. 26, inc. 2, de la misma Declaración: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el

³² Cfr., también, el art. 24, inc. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles: "Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

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

Enseguida veremos los principios que varían el tema de la "buena disposición hacia los derechos humanos" (*"Menschenrechtsfreundlichkeit"*). Dicho en otros términos: los catálogos nacionales de derechos fundamentales, y precisamente también donde garantizan derechos humanos y derechos ciudadanos, deben ser interpretados de conformidad con los derechos humanos. Un ejemplo de ello se encuentra en el art. 10, inc. 2, de la Const. española³³. Algunas nuevas constituciones y proyectos constitucionales en Europa oriental contienen sorprendentes "continuaciones" (p.ej., el art. 10 de la Const. de la República Checa de 1992: "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales ratificados y promulgados que sean obligatorios para la República Checa, son directamente eficaces y tienen primacía frente a la ley").

Si hasta ahora se hablaba, sobre todo gracias a Suiza, de la "interpretación conforme a la Constitución" de las le-

³³ "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

yes ordinarias³⁴, en la actualidad nos encontramos ante el mandato de la "interpretación de los derechos fundamentales conforme a los derechos humanos" y del principio "en formación" de la buena disposición hacia los derechos humanos³⁵.

La etapa "más alta" de desarrollo sería el enunciado: "los derechos humanos internacionales prevalecen sobre los derechos fundamentales nacionales", cuando estos últimos se encuentren por debajo del estándar global de los derechos humanos (cfr. el art. 142, LF). Aquí se manifiesta cuán confusa es todavía la terminología. Desde el punto de vista constitucional interno, la expresión "derechos fundamentales" se refiere siempre a las dos manifestaciones: los derechos humanos y los derechos ciudadanos. Es del todo concebible que un Estado constitucional nacional otorgue muy pocos derechos fundamentales a sus ciudadanos, lo cual puede corregirse, en la medida en que pueda compensarse a través de la interpretación, por las garantías internacionales de los derechos humanos (y, en su caso, también los regionales). Dicho en términos de la teoría de los derechos fundamentales: el *status mundialis hominis* (universal) de los derechos fundamentales irradia hacia el *status civilis y culturalis*. Al respecto, ya hay ejemplos textuales. El marco teórico hay que crearlo de la manera sugerida, del mismo modo como actualmente, en absoluto, en la "hora mundial" del Estado constitucional, surge la tarea de que las teorías de los derechos fundamentales desarrolladas en el marco nacional se continúen desarrollando en términos de la teoría de los derechos humanos y, viceversa, que los derechos humanos universales se incorporen a las teorías nacionales de los derechos fundamentales. Resulta evidente, pues, que

³⁴ Al respecto, ver Hesse, *Grundzüge de Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 30 y siguientes.

³⁵ Cfr. el art. 12, inc. 2, de la Const. de Angola (1992) y el art. 29 de la Const. de Guinea-Bissau.

esto sólo es posible en forma de un "concierto" multinacional y multicultural de muchas, incluso todas, las culturas y dogmáticas nacionales de los derechos fundamentales³⁶. El postulado de la comparación de los derechos fundamentales como "quinto método de la interpretación" encuentra aquí su lugar, con motivo del art. 10, inc. 2, de la Const. española y disposiciones equivalentes, pues solamente a través de la comparación, que vaya de las garantías de los derechos fundamentales nacionales hacia las *universales* y que regrese enriquecida de aquí hacia allá, es posible lograr esta obra³⁷. A la inversa, se requiere una teoría universal de los derechos humanos que, según parece, no existe hasta ahora, que dé fundamento, brazo a brazo, con las doctrinas de los derechos fundamentales del Estado constitucional nacional. Este último, por su lado, ya no puede ver, crear, interpretar y desarrollar los "derechos fundamentales propios" sin los derechos humanos universales. El conflicto con la declaración musulmana "particular" de los derechos humanos de El Cairo (1990) es grave y con ello se cuestiona la imagen universal del hombre³⁸.

El derecho de asilo para los perseguidos políticos y la configuración efectiva de su estatus conforme a los derechos humanos (es conocido el debate alemán en torno al art. 16 de la LF, su europeización, es decir, su limitación según el art. 16a), en forma especial en favor de los perseguidos por causa de la idea de los derechos fundamentales (cfr. el art. 105 de la Const. de Baviera de 1946), es una

³⁶ No se niegan las dificultades de la comprensión intercultural de los conceptos de "dignidad humana", "igualdad", "libertad".

³⁷ Sobre la comparación jurídica como quinto método de la interpretación: Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation in Verfassungsstaat*, JZ, 1989, p. 913 y siguientes.

³⁸ Cfr. la Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam (1990), en "Gewissen und Freiheit", vol. 19, 1991, p. 93 y siguientes. De la bibliografía: Bielefeldt, *Menschenrechte und Menschenrechtsverständnis im Islam*, EuGRZ, 1990, p. 489 y siguientes.

forma más, muy general, del *pathos* de los derechos fundamentales, que radica en la garantía incondicional que le dieron los "padres" y las "madres" de la LF, que se encuentra en peligro en vista del actual abuso de este derecho fundamental por los refugiados económicos. El art. 14, inc. i, de la Declaración Universal dispone: "En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país". Tengamos presentes los ejemplos constitucionales que este derecho humano ha encontrado mientras tanto en diversos países y sus constituciones: art. 10, inc. 3, de la Const. italiana (1947); art. 33, inc. 6, de la Const. de Portugal (1976); art. 56 de la Const. de Polonia (1997).

§ 66. FINES DE LA EDUCACIÓN Y VALORES ORIENTADORES

Los fines educativos y los valores orientadores tienen una función específica como texto constitucional en sentido amplio³⁹, pues se trata de elementos formadores de consenso en el Estado constitucional y constituyen un fragmento de su identidad cultural y su vida pública.

a) *COMO ELEMENTOS FORMADORES*. En el sentido antedicho, son fines de la educación, por ejemplo, la tolerancia y la dignidad humana (o también la "imagen del ser humano"), la legalidad, la honestidad y la aceptación de la responsabilidad, la apertura hacia el mundo y el sentido del deber (deberes fundamentales): cfr. los arts. 131, 136, inc. 1, de la Const. de Baviera; el art. 26 de la Const. de Bremen, y también los arts. 1º y 20, inc. 1 ("república"), o el 12 de la LF (libertad de profesión, el "trabajo" o el "*ethos* del trabajo" como fin educativo), interpretados desde "su otra cara": dicha "interpretación constitucional pedagógica" es fructífera, por ejemplo, para la ética social en los ar-

³⁹ Al respecto, ver de manera detallada Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*.

títulos económicos de las constituciones de los *Länder* alemanes (v.gr., arts. 27, 30, 38, Const. de Hesse de 1946; arts. 51 a 56, Const. de Renania-Palatinado de 1947), por ejemplo, como deberes fundamentales de los empresarios. Los fines de la educación constituyen condiciones de base para la Constitución de la libertad; se trata de derecho constitucional material y dentro del pluralismo de los sujetos de la educación son interpretados y realizados en parte de manera privada por los padres, por el Estado a través de las escuelas, así como de manera pública por la sociedad. Los fines de la educación constituyen una especie de "profesión de fe" cultural del Estado constitucional.

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

En todas las escuelas se buscará la instrucción moral, la conciencia ciudadana, la capacidad personal y profesional en el espíritu del pueblo alemán y de la reconciliación de los pueblos. La docencia en las escuelas públicas tendrá cuidado de que no se ofendan los sentimientos de quienes piensen de manera diferente.

b) **LOS FINES DE LA EDUCACIÓN COMO CONDICIONES DE BASE DE LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO.** Los fines de la educa-

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

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

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

La Constitución del pluralismo trae consigo los límites mismos del mandato educativo del Estado. Sus fines educativos están limitados tanto en su contenido como en los medios para su realización, pues las dictaduras educativas que se presumen en posesión de la verdad absoluta son contrarias a la Constitución. Incluso un fin educativo básico, como el de la tolerancia, normado en los "artículos sobre la tolerancia" de las constituciones de los *Länder*, tiene sus límites, como los que se derivan de los "artículos del pluralismo"⁴⁰; la Constitución debe (poder) ser autocrítica respecto de sus propios fines educativos.

c) *COMO MEDIOS PARA UNA "PEDAGOGÍA CONSTITUCIONAL"*.

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

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

Los "principios constitucionales como fines de la educación" son menos una obligación jurídica que un man-

⁴⁰ Por último, el art. 2º de la Const. de Angola (1992), el art. 1º de la Constitución de Guinea Ecuatorial (1991), los preámbulos de las constituciones de Benín (1990) y Chad (1996), así como el art. 15 de la Const. de Ucrania (1996).

dato educativo: la *Constitución como ética social* ("pedagogía constitucional"). La Constitución debe ser desentrañada en su significado para los pedagogos y sus tareas, lo cual también beneficia a los juristas. Esta concepción "pedagógica" de la Constitución es una consecuencia de la teoría de los intérpretes constitucionales en sentido amplio: una característica de la sociedad abierta y de sus fundamentos de ética social. La Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas (y los políticos), sino que en lo esencial es también una "guía" para los no juristas, los ciudadanos.

d) *LA EDUCACIÓN DE LA JUVENTUD: UN MANDATO DE LA "CONSTITUCIÓN COMO CONTRATO"*. La educación de la juventud es un mandato constitucional, el cual se lleva a cabo mediante la división del trabajo entre los padres, el Estado y la escuela, así como otros sujetos de la educación en forma optativa (como las iglesias), y también es ejercido de manera diversa en cuanto a sus objetivos sustantivos. La Constitución no puede sustraerse a estas funciones diferenciadas de la educación para los niños hasta la enseñanza de los adultos, sino que las norma en favor de su propia permanencia. Se garantiza a sí misma como comunidad libre en la sucesión de las generaciones, de la "Constitución como contrato", a través de sus fines educativos, en llamados a la juventud como nuevo socio contractual. Los objetivos como la tolerancia, la democracia, la dignidad humana, la reconciliación de los pueblos o el "espíritu de la democracia", son directivas abiertas para un proceso en el que siempre debe ser posible un entendimiento mutuo y siempre renovado entre las generaciones: ¡la educación no es una calle de sentido único! Sólo de este modo es posible amortiguar el cambio general de los valores. Los fines de la educación son de cierto modo "objetivos contractuales", con vistas al contrato de las generaciones entre jóvenes y viejos. El educador debe comprender que una generación joven tiene que buscar primero su propio futu-

ro, y tiene que hacer plausible que este futuro se encuentra también en el patrimonio cultural del pasado, encarnado en los correspondientes fines educativos. Al mismo tiempo, los fines educativos son en mucho un proyecto anticipado del ser humano, que habrá de vivir y configurar la Constitución en el porvenir. Así vista, la Constitución se reencuentra en los fines educativos. ¡Su presente se encuentra con su futuro en forma pedagógica!

e) **VALORES ORIENTADORES. CARACTERIZACIÓN.** Los valores orientadores son, por ejemplo, concepciones morales, los programas de los partidos políticos o de los sindicatos, los estatutos de una asociación, los modelos familiares y otros modelos y ejemplos sociales (p.ej., los textos clásicos de F. Schiller o B. Brecht, J. Locke o Montesquieu, las concepciones de sí mismas y las memorias de las iglesias y las comunidades religiosas). Éstas son realizadas, desarrolladas pero también incumplidas, en el Estado constitucional, por el *ciudadano capaz*. Así tendría pleno sentido en la LF alemana (Preámbulo), como se propone ocasionalmente, el valor orientador de la "solidaridad y el sentido de comunidad". El fracaso de la reforma constitucional plantea de manera tanto más urgente la cuestión: "¿qué tanto sentido de comunidad requiere la sociedad liberal?" (A. Hirschmann).

Los fines educativos y los valores orientadores se distinguen entre sí, pero también se encuentran en una interrelación que genera cambios. Muchos valores orientadores no se encuentran formulados en los textos jurídicos, ni siquiera en calidad de esbozo. Lo son parcialmente en los fines educativos y, por ello, su fuerza y validez son sólo limitadas. En cambio, los fines educativos esenciales se encuentran al menos formulados como principios en los textos constitucionales y otros textos jurídicos culturales. Su fijación jurídica es necesaria, aunque sea solamente como *soft law* del derecho constitucional de la cultura, ya que habrán de ser transmitidos mediante la educación al

ciudadano adolescente en el estatus especial de la "escuela". Los valores orientadores son "pluralistas", incluso antagonistas; se contradicen, compiten entre sí, en parte son excluyentes. Entre ellos puede escoger libremente el ciudadano adulto; pueden hacerse jurídicamente obligatorios de manera muy limitada, su realización apenas puede ser forzada por el Estado. Otra cosa sucede con los fines educativos, pues caracterizan obligatoriamente a la enseñanza que imparte el Estado en las escuelas. Aquí el pluralismo es un "objetivo de aprendizaje", vía la tolerancia. Aquí se transmiten los valores y los textos de la época clásica y de la moderna, se exponen los derechos y los deberes, se enseña la dignidad humana y la tolerancia, la libertad y la igualdad. Esta diferencia (más bien formal) en el grado de su obligatoriedad jurídica corresponde a una diferencia de contenido: los fines educativos se incorporan en última instancia en un todo equilibrado: la dignidad humana y la tolerancia se corresponden, así como la honestidad, la legalidad y la responsabilidad, la educación para el acceso o la participación en los bienes de la cultura, la protección del ambiente, por un lado, y la apertura al mundo, la "paz en la coexistencia de las culturas y los pueblos" (art. 22, inc. 1, Const. de Turingia), por el otro (cfr. el art. 26, Const. de Bremen), aunque haya algunas tensiones en lo individual. Los valores orientadores son muy diferentes: lo que se "ofrece" en la sociedad abierta se excluye entre sí de muchas maneras y, en todo caso, no se encuentra en una relación tendencialmente equilibrada. Los partidos políticos buscan atraer al ciudadano capaz a través de programas encontrados, las iglesias y las comunidades ideológicas se excluyen mutuamente; las "tablas de valores" de muchos grupos plurales viven precisamente del conflicto entre ellos. Por lo demás, los valores orientadores transmiten aquello que se ha formado en la evolución cultural, religiones, sistemas de la moral, patrimonio cultural, etcétera.

§ 67. *LA DEMOCRACIA COMO CONSECUENCIA ORGANIZATIVA DE LA DIGNIDAD HUMANA*

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

a) *VARIANTES DE LA DEMOCRACIA.* En la actualidad, se considera a la democracia, casi en todo el mundo, como quintaesencia de un "buen" ordenamiento estatal, con lo cual se olvida frecuentemente que se requiere una caracterización más próxima: como democracia "con división de poderes", "vinculada a valores", "en libertad", "pluralista". Con ello se desechan todas las formas de democracia "totalitaria", como las llamadas "democracias populares" en los regímenes socialistas, como el vigente en Alemania oriental hasta 1989. Al mismo tiempo, en ello se manifiesta que existen numerosas variantes de la democracia entre las diversas naciones, que existen igualmente ante el foro del Estado constitucional como *tipo*. La concepción de la democracia también cambia en el curso de la historia (constitucional), así como en el espacio y el tiempo. La democracia del Estado constitucional requiere constantemente de reformas, por ejemplo, por medio del mejora-

miento de la protección de minorías, mediante el fortalecimiento de los derechos de la oposición en la democracia parlamentaria, por medio del impedimento de que un poder económico muy grande se transforme en poder político, o mediante la limitación del financiamiento público a los partidos, así como por el desarrollo de competencias de control de la jurisdicción constitucional.

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

California, *formas mixtas* afortunadas de las ya clásicas variantes de la democracia.

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

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

Las siguientes *constituciones*, antiguas y recientes, pero también textos sobre derechos humanos (como la Con-

vención Europea), pretenden captar en sus textos la democracia, o pueden caracterizarse como "artículos sobre la democracia":

1) Las cláusulas sobre la forma de Estado (p.ej., art. 1º, Const. de Austria de 1920; el art. 2º, Const. de Angola de 1992).

2) En el contexto de los derechos fundamentales (p.ej., el art. 21, Const. de Brandenburgo de 1992; el art. 6º, Const. de la República de São Tomé y Príncipe de 1990).

3) Los artículos sobre los partidos (p.ej., el art. 21, LF; el art. 4º, Const. de Francia).

4) Los fines de la educación (p.ej., el art. 131, Const. de Baviera de 1946).

5) Los artículos sobre la oposición (p.ej., el art. 23 a, inc. 1, Const. de Hamburgo de 1952-1972)⁴¹.

6) Otras formas (p.ej., el cap. 1, § 2, inc. 3, Const. de Suecia de 1975; el art. 14, Const. de Guinea de 1991).

⁴¹ "La oposición es parte integrante esencial de la democracia política". El trabajo preparatorio para el "artículo de la oposición" en la Constitución de Hamburgo (art. 23a) lo realizaron varios, sobre todo la jurisprudencia constitucional [cfr. BVerfGE 2, 1 (13): "Derecho, conforme a la Constitución, de crear y ejercer la oposición"; E 5, 85 (199): "Crítica de la minoría opositora"] y la doctrina del derecho del Estado (de la bibliografía: Schneider, *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I; Haberland, *Die verfassungsrechtliche Stellung der Opposition nach dem Grundgesetz*). Quizá la constitucionalización más temprana de la oposición en el plano textual se encuentre (respecto de los partidos) en el art. 120, inc. 3, frase 1, de la Const. de Baden de 1947: "Cuando se encuentren [los partidos] en oposición al gobierno, tendrán la obligación de dar seguimiento a la actividad del gobierno y de los partidos que en él participen, y en caso necesario, de ejercer la crítica". En el Estado constitucional, como tipo, y en la República Federal de Alemania, la oposición es ciertamente parte del derecho constitucional material, independientemente del documento constitucional formal. Pero ha llegado a serlo gracias a la colaboración de muchos elementos: desde la "adelantada" Constitución local (Baden), pasando por la jurisprudencia y la doctrina, hasta llegar al poder revisor de la Constitución que va "detrás" (Hamburgo: art. 23a). Cfr., por último, el art. 26 de la Const. de Mecklemburgo-Antepomerania.

Permítansele al autor también algunas destacadas descripciones tomadas de la jurisprudencia del TCFA. En el procedimiento para la prohibición del partido SRP⁴², el TCFA desarrolló (E 2, 1) los principios de mayoría, de la soberanía popular y de la pluralidad de los partidos y de la oposición como elementos del orden fundamental de libertad y democracia en el sentido del art. 21, inc. 2, de la LF, relativo a los partidos y, por tanto, como “valores fundamentales supremos del Estado constitucional y democrático” [E, 2, 1 (12)]. Para su realización se requieren también principios democráticos en el orden interno de los partidos (ibídem, p. 14). En la sentencia sobre el Partido Comunista Alemán, el TCFA declara que el consenso fundamental de todos los partidos en relación con estos principios es un presupuesto del “tipo de democracia” establecido en la LF [E 5, 85 (141)].

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

En la dogmática del derecho constitucional, puede contarse con los siguientes elementos como “lineamientos” del orden democrático del Estado constitucional⁴³:

1) *El pluralismo*. Significa diversidad de intereses e ideas. Se trata de un “dato” en el Estado constitucional, es decir, existe previamente, su historia constitucional lo

⁴² Partido de tendencia neonazi [N. del T.].

⁴³ Sobre lo que sigue, en relación con la LF alemana: Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 63 y ss.; ver, también, Badura, *Staatsrecht*, p. 230 y siguientes.

ha generado, pero también le plantea *tareas*, por ejemplo, para fines del éxito de las “leyes del pluralismo” (como las leyes sobre fusión de medios impresos o las leyes sobre carteles) o la preocupación por las estructuras pluralistas en los medios de masas como la radio y la televisión [“pluralismo interno y externo”; cfr. BVerfGE 57, 295 (325 y 326)]. La filosofía del pluralismo es la concepción de la “sociedad abierta” (la filosofía del “espíritu abierto”), en oposición a la sociedad cerrada, que esbozó *sir* Karl Popper en su crítica a Marx, Hegel y Platón⁴⁴. De manera congenial también adoptan estas ideas algunas constituciones recientes (p.ej., la anterior Constitución peruana de 1979) y la misma idea se encuentra después de 1989 bajo la forma de cláusulas contra las ideologías de Estado en las constituciones de Europa oriental, como la de Ucrania (art. 15, incs. 1 y 2) o Rusia (art. 13). Una forma de expresión del pluralismo es también la *tolerancia* como *principio constitucional* y como fin de la educación (p.ej., el art. 131, Const. de Baviera). Ciertamente, hay límites para el pluralismo en el Estado constitucional (los cuales residen en sus valores fundamentales irrenunciables), pero en principio constituye su elixir de la vida. El Estado constitucional desarrolla sus propias fuerzas a partir del paralelogramo de las fuerzas que resulta de numerosas ideas e intereses. La consecuencia es una “teoría pluralista del bien común”, así como el reconocimiento de los grupos de interés y las asociaciones, religiones, iglesias y partidos pluralistas.

La idea del pluralismo nos recuerda que el Estado constitucional no es una “asociación de dominación” que flota por “encima” de los ciudadanos, sino que se constituye una y otra vez a partir de los ciudadanos y los grupos, y que se encuentra a su servicio. La Constitución escrita y no escrita es, a tal efecto, un “ordenamiento marco”, con as-

⁴⁴ Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*.

pectos “inductores” y limitantes, como ya se ha demostrado. La diversidad de ideas e intereses en lugar de la unidad “por decreto” es lo que hace al Estado constitucional superior frente a todas las formas de dominio totalitario, como ha quedado nuevamente de manifiesto en 1989. El pluralismo es expresión y condición de la libertad tanto individual como colectiva de los ciudadanos y los seres humanos.

2) *El principio de mayoría.* Éste se encuentra en una tensa relación con la *protección de las minorías*. Algunas constituciones prevén expresamente el principio de mayoría (como el art. 121 de la LF), pero al mismo tiempo regulan múltiples formas de protección a las minorías (p.ej., bajo la forma de derechos de petición de la oposición parlamentaria para la instalación de una comisión investigadora, según el art. 44 de la LF, o mediante el acceso al TCFA, conforme al art. 93, inc. 1, sub. 2, de la LF). El arma contundente del principio de mayoría es, en general, “tolerable”, porque existe una protección (escalonada) de las minorías (primordialmente a través de la “supremacía de la Constitución” y la protección de los derechos fundamentales). La justificación interna de la democracia como “gobierno de la mayoría”⁴⁵ es difícil: se puede lograr gracias a la idea de la libertad y la igualdad y de la necesidad de llegar a una decisión funcional. El principio de mayoría siempre ha encontrado sus (“contra”) clásicos, por ejemplo, en la frase de F. Schiller: “la mayoría de los votos no es la prueba del derecho”, *Demetrius*). En el Estado constitucional actual llama la atención el inteligente escalonamiento de las mayorías: por ejemplo, mayorías de dos tercios o mayorías todavía más amplias para las reformas constitucionales; un cuarto de la mayoría para las comisiones de investigación, etcétera. Tan cierto como es que el

⁴⁵ Ver, al respecto, Scheuner, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*; Häberle, *Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung*, en “Verfassung als öffentlicher Prozeß”, 3ª ed., p. 565 y siguientes.

arte del proceso político cotidiano radica en encontrar y configurar mayorías en la publicidad del parlamento, igualmente evidente resulta también recordar una y otra vez los límites constitucionales del principio de mayoría. Estos límites se encuentran, por ejemplo, bajo la forma de “cláusulas de eternidad”, en las garantías de identidad del Estado constitucional⁴⁶. Por lo demás, debe existir la *posibilidad* de relaciones de mayoría diversas y cambiantes, de modo que los perdedores en una decisión tengan la *oportunidad igual y real* de ganar la mayoría en una oportunidad futura⁴⁷. La interacción entre mayoría y minoría presupone un *consenso fundamental* que permite a la parte perdedora ad hoc reconocer el voto de la mayoría. La posibilidad del voto particular en algunos tribunales constitucionales (Estados Unidos de América, Alemania, España) es la forma más sutil de la protección de la minoría, detrás de la cual se hace visible un pedazo de “publicidad de la Constitución”, pues el voto particular de hoy puede ser el voto mayoritario de mañana [así en los casos de BVerfGE 32, 129 (141 y ss.) “casos austríacos”, y E 53, 257 (289 y ss.), “compensación alimentaria en matrimonios antiguos”].

En el Estado constitucional es preciso recordar siempre los *límites de la democracia*. A pesar de que es indispensable la disposición del ciudadano a participar “activamente” como tal, también es legítima la posición del ciudadano no político en el sentido del “sin mí”, del ciudadano que, por ejemplo, no acude a votar (por ello, resulta cuestionable la obligatoriedad del sufragio en algunos países, como Bélgica). El “comportamiento no político” está garantizado constitucionalmente de varias maneras: a través del *status negativus* fundamental del ciudadano y los grupos, a través de la protección de la vida privada, el cual

⁴⁶ Al respecto, ver Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., p. 267 y siguientes.

⁴⁷ Así, Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 64.

limita dialécticamente el principio democrático de la publicidad, y por el simple conocimiento de la naturaleza del ser humano, el que no vive nada más de la democracia y que también quiere que lo "dejen en paz". En el Estado constitucional, la democracia no es la única forma de vida del ser humano.

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

b) REFLEXIONES DE TEORÍA DEMOCRÁTICA COMO LEGITIMACIÓN.

Tal como se expuso en el § 54, c, en el Estado constitucional democrático es preciso plantear de manera especial la cuestión de la legitimación conforme a criterios democráticos (esto es, de la teoría democrática). La ciencia del derecho constitucional, las llamadas ciencias de la realidad que son sus "proveedores", los ciudadanos y los grupos, no tienen una legitimación democrática, entendida en

sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Pero precisamente la democracia no se desenvuelve sólo a través de la relación de delegación y responsabilidad formalizada, canalizada y constituida en sentido estricto, del pueblo hacia los órganos del Estado (legitimación a través de las elecciones)⁴⁸, hasta llegar al intérprete constitucional "competente" en última instancia, el TCFA. En una comunidad abierta se desenvuelve también a través de las formas mediatizadas "más finas" del proceso público pluralista de la política y la práctica cotidianas, en especial mediante la realización de los derechos fundamentales, la que se aborda frecuentemente en la "faceta democrática" de tales derechos: a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad, y también mediante el "concierto" científico sobre cuestiones constitucionales, en el cual apenas hay "pausas" y "fermatas" y no hay directores ni debe haberlos.

El pueblo —se reitera— no es una magnitud unitaria que "emana" (solamente) el día de las elecciones y que, como tal, otorgue legitimación democrática⁴⁹. Como magnitud pluralista, no se encuentra menos presente respecto de las interpretaciones en el proceso constitucional ni tampoco es menos legitimador: como partido político⁵⁰, como opinión científica, como grupo de intereses, como ciudadano; ¡su competencia material para participar en la interpretación constitucional es un derecho ciudadano en el

⁴⁸ Cfr., también, BverfGE 33, 125 (158) —sentencia sobre los médicos especialistas—, por último, E 93, 37 (67 y siguientes).

⁴⁹ Sobre la relación entre democracia e independencia judicial, cfr. Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, p. 103 y siguientes.

⁵⁰ En este sentido, hay coincidencia con la doctrina del Estado de partidos de Leibholz (*Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3ª ed., especialmente p. 78 y ss.): el pueblo adquiere capacidad de actuación y articulación solamente en determinadas formas de organización. Pero esto no autoriza la identificación entre pueblo y partidos (populares), pues la comunidad pluralista se encuentra mucho más diferenciada.

sentido del art. 33 de la LF! Así vistos, los derechos fundamentales son una pieza de la base de la legitimación democrática para la interpretación constitucional, que es abierta no sólo por sus resultados sino también por el círculo de sus participantes: ¡En la democracia en libertad el ciudadano es intérprete de la Constitución! Tanto mas importantes se hacen las medidas para la garantía de la libertad real: política de derechos fundamentales prestaciones⁵¹, libertad en la formación de la opinión, constitucionalización de la sociedad, por ejemplo, a través de la separación estructural de poderes en el ámbito público y, en particular, en el económico.

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

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

⁵¹ Véase, al respecto, Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL, vol. 30, 1972, p. 43 y ss. (69 y siguientes).

para la Constitución democrática. Esta *capitis diminutio* de la concepción criptomonárquica del pueblo se encuentra bajo el signo de la libertad ciudadana y del pluralismo.

Una vez que uno se ha liberado del pensamiento lineal y “eruptivo” de las concepciones tradicionales de democracia, se advierten numerosas formas de legitimación democrática, entendida en este sentido amplio. A través del desarrollo interpretativo de la norma constitucional se llega hacia un pedazo de *democracia ciudadana*⁵². La posibilidad y la realidad de la libre discusión de los individuos y los grupos “sobre” y “por debajo” de las normas constitucionales y su acción pluralista “en” ellos se introduce de manera múltiple en el proceso de la interpretación (hay que hacer notar expresamente que este proceso, *realiter*, también se ve amenazado con frecuencia desde adentro, y que nuestro orden fundamental de libertad y democracia muestra, en realidad, déficit respecto del tipo ideal). La teoría de la democracia y la teoría de la interpretación se convierten en consecuencia de la teoría de la ciencia. La sociedad es libre y abierta en la medida en que se abra el círculo de los intérpretes de la Constitución en sentido amplio.

§ 68. LA DIVISIÓN DE PODERES

El principio de la división de poderes es tanto “texto clásico” desde Montesquieu (1748), como también princi-

⁵² No es posible exponer aquí las particularidades de la concepción de democracia de Popper y el contexto que la justifica (!) a través de su teoría de la ciencia y el conocimiento (referencias a la democracia en: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I, en especial, p. 25, 156 y ss., 170 y ss.; vol. II, p. 157, 159 y ss., 186, 187, 293 y 294). Baste decir que el concepto de ciencia de Popper es fructífero para la teoría de la democracia y que el concepto de *democracia pluralista*, basado en la división de poderes, la Constitución y la libertad ciudadana, que se sostiene en el texto, puede remitirse a Popper en la medida en que éste desarrolla su teoría de la democracia sin —e incluso contra— los dogmas “clásicos” de la soberanía popular.

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

Esta imagen realista del ser humano en relación con el agudo peligro permanente de que los hombres abusen del poder, no sólo en los cargos políticos o del Estado, conduce actualmente a la lucha constitucional por una división óptima de los poderes, y el renovado retorno creador al "texto original" de Montesquieu (y de J. Locke) puede reconocer y combatir nuevas zonas de peligro del abuso de poder. Dicho en otras palabras: la división de poderes es un *principio relativamente abierto*, con constantes y variantes.

a) *LA DIVISIÓN DE PODERES EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO ESTRICTO.* Mientras que el peligro del abuso de poder permanece constante, porque el ser humano y el ciudadano al que se refiere el Estado constitucional siguen siendo quizás "el mismo" en todas las épocas y todos los espacios (en sus fortalezas y debilidades), varían las manifestaciones particulares de la división de poderes entre épocas y países. En este sentido, hay que distinguir entre división de poderes en sentido *estricto* y en sentido *amplio*. La divi-

sión de poderes en sentido *estricto* significa la división de los poderes estatales; en sentido *amplio* se refiere además a todo el ámbito social. Así, por ejemplo, en Alemania se habla de una "división de los poderes comunicativa" entre la prensa privada y la radio y la televisión públicas; por ejemplo, también hay que respetar un equilibrio de poderes entre las partes en las negociaciones colectivas laborales (sindicatos y asociaciones de empresarios)⁵³. En el caso particular esto es cuestión, sobre todo, de los tribunales constitucionales, pero también, en última instancia, del proceso social en su conjunto y del proceso político. Incluso en el derecho privado puede ser de utilidad la imagen del equilibrio, por ejemplo, entre las partes de un contrato; en especial hay que tomarla en cuenta en los contratos de arrendamiento (cfr. BVerfGE 89, 1) y en las garantías de deudas civiles (cfr. BVerfGE 89, 214). El derecho de la competencia económica también está fundamentalmente al servicio de la idea del equilibrio de poderes en el mercado "abierto", y algún desequilibrio grave es eliminado, por ejemplo, por las cláusulas generales del derecho civil (prohibición de negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres o al principio de la buena fe). También debe pensarse en la relación de fuerzas entre los trabajadores y los empleadores dentro de la empresa, que de manera significativa se regula en la ley alemana de las empresas ("*Betriebverfassungsgesetz*").

A continuación se desarrollará con más detalle la división de poderes en sentido estricto, es decir, la que se refiere al *Estado*. Hay que distinguir aquí entre la división *horizontal* de poderes y la *vertical*. La división *horizontal* de poderes se refiere, de manera clásica, a los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; referida a los órganos, alude al Parlamento, el Gobierno y la Administración, y los tribunales (cfr. el art. 20, inc. 2, frase 2, LF).

⁵³ Cfr. Badura, *Staatsrecht*, p. 268.

Debe hacerse notar que se ha multiplicado el número de poderes en el marco de los procesos sociales de crecimiento del Estado social. Así, en numerosos Estados constitucionales hay tribunales de cuentas⁵⁴ (también el Banco Federal Alemán, actualmente el Banco Central Europeo), que se aproximan a los tribunales en su estatus independiente (cfr. el art. 100, incs. 1 y 2, Const. de Italia); así se han desarrollado "ombudsman" o formas próximas, como los comisionados para las fuerzas armadas (*Wehrbeauftragte*; art. 45 b, LF), comisionados para la protección de datos personales (p.ej., el art. 21 b, Const. de Berlín de 1950-1994) o los "comisionados para los derechos de los niños" (art. 72, inc. 4, Const. de Polonia de 1997). El que en ocasiones se llame a la prensa el "cuarto poder" indica que la división de poderes en sentido estricto y en sentido amplio deben ser conceptuadas de manera conjunta.

Dicho en otras palabras: el canon de los poderes y de las funciones que ejercen está abierto, como la propia historia evolutiva del Estado constitucional.

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

⁵⁴ Al respecto, Schulze-Fielitz, *Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe*, *VVDStRL*, vol. 55, 1996, p. 231 y siguientes.

poderes; con mayor razón cuando se concibe al regionalismo como variante independiente del tipo del Estado constitucional, pero asimismo como "hermano menor" del federalismo.

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

En este sentido, hay que tomar en cuenta la regulación de las incompatibilidades (cfr. los arts. 94, inc. 1, frase 3; 137, inc. 1, y 55, inc. 1, LF, así como el § 2 del reglamento interior del Consejo Federal)⁵⁵. Así, desde 1998 Francia se empeña en expedir una ley de incompatibilidades, la que, por ejemplo, impedirá la membresía en el Parlamento al mismo tiempo que se desempeña el cargo de alcalde. A la idea de la separación de poderes hay que agregarle el equilibrio de poderes, del control y limitación mutuos⁵⁶.

⁵⁵ Ver, al respecto, Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 212, n° marg. 489; sobre lo último, Tsatsos, *Die Unzulässigkeit der Kumulation von Bundestags- und Bundesratsmandat*.

⁵⁶ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 207, n° marg. 476.

Visto desde el punto de vista histórico y comparativo, la *acumulación de poderes* ("concentración de poderes") es el temido *modelo contrario*: se ha practicado tanto en el marxismo-leninismo y su ideología del centralismo socialista ("legalidad socialista"), también en la "parcialidad del derecho", como en el nacionalsocialismo alemán ("principio del *Führer*", el "mandato secreto del *Führer*" como fuente suprema del derecho).

También el gobierno del SED (Partido Socialista Unificado) en la República Democrática Alemana produjo perversiones aleccionadoras bajo la forma de la orden de disparar (secreta) junto al "inuro" o la frontera alemana interna hasta 1989.

De modo que no es ningún accidente que los numerosos Estados reformados de Europa oriental hayan recurrido nuevamente a la división de poderes como principio constitutivo director después del *annus mirabilis* de 1989 (p.ej., el art. 10, inc. 1, Const. de Polonia de 1997: "El sistema de gobierno de la República de Polonia se fundará en la separación y el equilibrio entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial"). También las constituciones de ultramar reconocen la división de poderes y realizan, así, parte de Montesquieu en su Constitución (p.ej., el Preámbulo de la de Madagascar de 1992-1995). Montesquieu es, en la actualidad, un texto clásico universal de la *única* humanidad de nuestro "planeta azul la Tierra".

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado de manera constante el principio de la división de poderes en una dogmática finamente cincelada y definida. El texto de la LF, incluido el art. 20, inc. 2, frase 2, no contiene un reconocimiento unívoco y expreso de la división o la separación de poderes, como tampoco del equilibrio de poderes⁵⁷, sino que únicamente está implícita la

⁵⁷ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 207, n° marg. 477.

distribución de poderes, su articulación⁵⁸. Pero detrás de la parca formulación se encuentra el patrimonio intelectual suprapositivo de los clásicos Montesquieu y Locke. De acuerdo con la jurisprudencia del TFCA, la división de poderes es un principio de organización en que se sustenta la LF [E 3, 225 (247); jurisprudencia constante; por último, 95, 1 (15)]. Si queremos interpretar esto en la LF, también hay que tomar en cuenta que la LF "en ninguna parte ha realizado de manera pura", en su configuración particular, el principio de la división de poderes [BVerfGE 3, 225 (247); jurisprudencia constante; por último, E 95, 1 (15)].

Este enfoque diferenciador ha llevado al TCFA a una jurisprudencia casuística específica para cada ámbito y cada caso, la cual se encuentra marcada, metódicamente hablando, por tres ideas. En primer lugar, el tribunal argumenta de modo teleológico, al referirse al fin de la división de poderes, a saber, "el control mutuo de los órganos del Estado y con ello la moderación del gobierno del Estado" [E 95, 1 (15); jurisprudencia constante, con mayores referencias]. En segundo lugar, el TCFA propone reflexiones funcionales en el sentido de que "las decisiones estatales deben ser correctas en lo posible, es decir, ser adoptadas por los órganos que por su organización, composición, función y modo de proceder cuenten con las mejores condiciones" [E 68, 1 (86); por último E 95, 1 (15)]. En tercer término, el Tribunal recurre a la idea del "contenido esencial", el cual puede apoyarse dogmáticamente en el art. 79, inc. 3, de la LF⁵⁹, al declarar como inmodificable un núcleo de cada poder y que protege las "funciones que típicamente" le confiere la LF [E 34, 52 (59); por último, E 95, 1 (15)]. Por ejemplo, esto no impide la planeación estatal a través de una ley federal, en todo caso

⁵⁸ Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat, HdBStR*, vol. I, 2ª ed., 24 RN 47, p. 1010.

⁵⁹ Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat, HdBStR*, vol. I, 2ª ed., n° marg. 56, p. 1016.

cuando "existan buenas razones para tal efecto en el caso particular", es decir, razones para el "bien común" [E 95, 1 (15)]. Por tanto, el TCFA considera a la división de poderes no sólo como un mecanismo protector negativo contra el abuso de poder, sino también, positivamente, como elemento constitutivo del poder estatal, como elemento de optimización funcional y de "responsabilidad de los poderes"⁶⁰.

Las necesidades de otros países en relación con la división de poderes pueden ser distintas. Lo que importa es solamente que se impida de manera efectiva el abuso de poder. En conjunto, la división de poderes se muestra como pieza central de todo Estado constitucional. Se trata de una de las más felices "invenciones" de la historia del espíritu y la cultura y es equivalente a los diez mandamientos de la Biblia, junto con la dignidad humana y la democracia, los derechos humanos y el Estado social y ecológico de derecho, también el Estado de cultura, el federalismo y el regionalismo, la protección jurídica por tribunales independientes y la jurisdicción constitucional. Quizá podría hablarse incluso de un "derecho fundamental a la división de poderes"; ya que en última instancia ésta se encuentra al servicio de los derechos humanos, de la protección de la "libertad del individuo" [BVerfGE 9, 268 (279)]. El art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, expedida por la Asamblea Nacional francesa en 1789, menciona conjuntamente dichos derechos con la división de poderes y señala que ambos elementos son sencillamente constitutivos: "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución". De este modo, la división de poderes pertenece a los elementos capitales del Estado constitucional moderno⁶¹.

⁶⁰ Schmidt-Abmann, *Der Rechtsstaat*, HdBStR, vol. I, 2ª ed., n° marg. 50, p. 1012.

⁶¹ Cfr. Badura, *Staatsrecht*, p. 267.

b) *CONSTITUCIÓN DE LOS ÓRGANOS Y DIVISIÓN DE FUNCIONES EN INTERÉS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS TAREAS ESTATALES.* La división de poderes en el Estado constitucional se refiere, en su sentido estricto, a determinados órganos del Estado, órganos constitucionales o instituciones, entre los cuales se distribuyen equilibradamente las *funciones* estatales en cuanto cometidos. En esta exposición podríamos comenzar con estos órganos, porque se encuentran articulados entre sí por la división de poderes. Sin embargo, en el Estado constitucional todos los "órganos" están constituidos por la Constitución y el principio transtemporal, el texto clásico que "divide" a todo Estado constituido, que equilibra y articula entre sí sus formas de manifestación, es precisamente la división de poderes de Montesquieu. La división de poderes es "de inicio constitución de poderes diversos"⁶² y se encuentra intelectualmente próxima a la doctrina clásica de la "Constitución mixta" el "principio organizativo fundamental de la Constitución" (K. Hesse).

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

En este caso también se trabaja comparativamente en el tiempo y el espacio, y ponemos atención a los textos constitucionales positivos y a su evolución por etapas. De conformidad con el programa de la teoría de la Constitución como "ciencia cultural", hay que agregar siempre los contextos culturales, la cultura política, aquello que la

⁶² Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 210.

doctrina y la jurisprudencia han "hecho" de los textos, el cómo la viven en la práctica. Resulta evidente que esto sólo puede lograrse de forma muy fragmentaria y puntual, en vista del sinnúmero de constituciones de todo el mundo que habría que analizar, e independientemente de que en la actualidad ningún estudioso tiene ya el panorama de todos los textos y los contextos: Esto quizá lo podría lograr sólo un Aristóteles o un Montesquieu de nuestros tiempos.

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

En un apartado propio se tratarán los "fines del Estado", los cuales, en cuanto *bien común* o *tareas del Estado*, tienen una denominación más bien abstracta, pero que en los diversos Estados nacionales se hacen concretos a través de los principios como el del "Estado social y económico de derecho", el "Estado de cultura" y también a través de los derechos del hombre y el ciudadano. Así como los *órganos* estatales o constitucionales adquieren su perfil a partir de las funciones, también hay que entender a los *órganos* y sus funciones a partir del cumplimiento de ciertos objetivos de bien común o tareas del Estado.

Las tres típicas funciones del Estado están al *servicio* de ciertas tareas fijadas en la Constitución de manera sustantiva o procesal. Por su parte, son *instrumentos* del Estado constitucional sometidos al cambio histórico. A pesar de la diversidad nacional y de la multiplicación de tareas, la que ciertamente en la actualidad se pretende reducir a través de la *privatización*, es posible distinguir, an-

tes como ahora, tres funciones del Estado: legislación, ejecución de las leyes y jurisdicción.

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

1) *El Parlamento*. En el Estado constitucional democrático se encuentra en primer lugar el Parlamento, ya que se trata del "principal *órgano*" legitimado democráticamente de manera directa. Incluso en una democracia presidencial le corresponde una especial legitimación, ya que "representa"⁶³ la *diversidad* de un pueblo dividido pluralistamente y en cierto modo es un "espejo", un foro amplio de la nación, aun con un sistema electoral "puro" de mayoría (merecen preferencia los sistemas electorales "mixtos", con elementos de elección por mayoría y de representación proporcional, como en Alemania y también Italia, debido a su amplia "representatividad")⁶⁴. Que el Parlamento como *órgano* y la legislación como función estatal no se corresponden plenamente, lo demuestra la distinción entre ley formal y ley material, conforme a la cual no todas las normas generales abstractas que son expedidas por el Par-

⁶³ Sobre la representación, cfr. Hoffmann, *Repräsentation*.

⁶⁴ De la literatura, Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2ª ed., p. 301.

lamento y no todas las leyes parlamentarias son normas jurídicas⁶⁵.

Sigue siendo clásica hasta nuestros días la distinción de Bagehot⁶⁶. Las tareas del Parlamento residen en su función "electiva" ("*elective*"), "expresiva" ("*expressive*"), "educativa" ("*teaching*") e "informativa" ("*informing*"), así como en la "función legislativa" ("*function of legislation*"). Los diversos países toman muy diversas vías. Algunos poseen un verdadero sistema bicameral (en los Estados Unidos de América, Cámara de Representantes y Senado), lo cual está condicionado de manera primaria por el federalismo (ver también el Parlamento y el Consejo federales en Alemania). Pero hay también Estados centralistas que poseen un Senado (República Checa, Eslovenia, Polonia). En la medida en que avanza el regionalismo, se llega también a la representación de las regiones en cámaras propias, o por lo menos en parlamentos regionales. En la LF le corresponden al Parlamento Federal alemán (*Bundestag*) al menos las siguientes funciones: la competencia legislativa (art. 77, inc. 1), incluyendo la aprobación del presupuesto (art. 110, inc. 2, frase 1, LF), así como los asuntos europeos (art. 23, incs. 2 y 3, LF) y exteriores (arts. 52, inc. 2, 115 a, inc. 1, 115 l, LF), la dirección política a través de la elección del canciller (art. 63) y el control (p.ej., arts. 43, inc. 1, y 44). Entre las demás funciones⁶⁷ mencionamos aquí solamente la elección de la mitad de los miembros del TCFA (art. 94, inc. 1, frase 2). A las funciones típicas pueden agregarse, conforme a la jurisprudencia del TCFA, también en el caso particular, funciones atípicas, como la planeación legal (E 95, 1).

⁶⁵ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 216.

⁶⁶ Bagehot, *The English Constitution*, 1928, p. 117 y siguientes.

⁶⁷ Al respecto Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 252 y siguientes.

Aunque sin duda existen algunas *manifestaciones de crisis* en relación con los parlamentos⁶⁸, las que pueden resolverse paulatinamente sólo a través de "reformas parlamentarias" (p.ej., mediante la introducción de la facultad de autodisolución, de los derechos de minoría de la oposición frente al gobierno, de mejoramiento del régimen de las comisiones investigadoras, v.gr., mediante votos particulares públicos), siguen siendo el sitio representativo de las controversias políticas abiertas, por las cuales tienen que responsabilizarse los partidos políticos. A partir del Parlamento, precisamente, se crea parte de la "publicidad de la Constitución". Las elecciones parlamentarias aún son un *proceso unificador* esencial para un pueblo, sobre todo cuando la democracia, como en la LF alemana, existe como democracia indirecta, no directa (como en Suiza: "democracia semidirecta"). Precisamente se manifiesta aquí la intensiva relación de determinados derechos fundamentales con la democracia, pues las libertades de información, opinión y prensa son la "base funcional de la democracia". El ciudadano que se informa sobre la labor del Parlamento para evaluarla crea un pedazo de publicidad parlamentaria. Aun cuando se incremente el peso de las funciones de gobierno y administración, incluso en la Unión Europea (Comisión en Bruselas), la *opinión pública*⁶⁹ que se forma en los parlamentos o sobre ellos resulta indispensable para un Estado constitucional, pues actúa como un elixir, del mismo modo como la opinión pública es el "oxígeno de la democracia" (G. Heinemann).

Unas palabras sobre las *segundas cámaras*, aun cuando (como en varias naciones) tengan solamente una posición débil (sobre todo, de tipo consultivo): en el sentido de la doctrina de la "Constitución mixta" pueden otorgarle

⁶⁸ Al respecto, Schneider - Zeh (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*.

⁶⁹ De la literatura: Klopfer, *Öffentliche Meinung, Massenmedien*, en *HdBStR*, vol. II, 1987, p. 171 y siguientes.

a la democracia un elemento aristocrático; en todo caso, son un elemento de la división de poderes en el sentido apuntado. Lo que parece perderse en "eficiencia" se revela en conjunto como ganancia para la libertad ciudadana y la pluralidad política.

El *derecho parlamentario*, muchas veces regulado de manera formal sólo en los reglamentos internos, es, en sus principios, derecho constitucional material⁷⁰: así de fundamental e importante es para la *res publica* en conjunto. De él forman parte también la división interna en fracciones ("partidos en el Parlamento") y las comisiones.

Precisamente aquí se muestra, empero, que los parlamentos no son "órganos del Estado" en el sentido estricto del término o, en todo caso, no lo son solamente, ya que penetran también en el ámbito social-público, representan el pluralismo de la sociedad abierta; su organización como un fragmento del Estado constituido es un efecto secundario. En cierto modo son "el pueblo" como conjunto de los ciudadanos y grupos. También los representantes en lo individual, que poseen un estatus de libertad, igualdad y publicidad⁷¹, están referidos al bienestar de *todo* el pueblo y sujetos sólo a su conciencia (cfr. art. 38, inc. 1, LF). Del mismo modo, en el Estado constitucional los partidos políticos no son "instituciones estatales", como en los Estados monopartidistas, sino "formaciones" sociales libres, a pesar del poder que pretendan o puedan acumular, de que influyan en el Estado, es decir, la legislación y el gobierno, y de que posean estructuras imperativas, que solamente puedan distenderse parcialmente por la democracia interna (cfr. art. 21, inc. 1, frase 3, LF); quizás una ventaja de

⁷⁰ Achterberg, *Parlamentsrecht*, p. 39; Pietzker, *Schichten des Parlamentsrechts*, en Schneider - Zeh (eds.), "Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland", p. 333 y ss.; en p. 354 se habla de derecho constitucional secundario.

⁷¹ Al respecto, Häberle, *Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit des Abgeordnetenstatus*, NJW, 1976, p. 537 y siguientes.

la democracia "semidirecta" en Suiza sea la de crear un contrapeso contra la "arrogancia del poder" de los partidos políticos. El unilateral "repudio a los partidos", que con frecuencia se escucha en Alemania⁷² —palabra clave: el "Estado como botín" de los partidos—, reconoce la indispensable función positiva de los partidos políticos, tal como se manifiesta en el derecho alemán: art. 21, inc. 1, frase 1, de la LF (participación en la formación de la voluntad política del pueblo), § 1 de la ley de partidos ("elemento constitucional necesario del orden fundamental de libertad y democracia"). Aunque los países se distingan por su estructura o cultura partidaria (grupos más bien laxos en los Estados Unidos de América, más bien orientados ideológicamente en Alemania), el Estado constitucional pone de manifiesto cuán indispensable es su actuación en numerosos artículos sobre los partidos de las constituciones recientes (p.ej., art. 11, Const. de Polonia; art. 19, inc. 1, Const. de Sudáfrica; art. 4º, Const. de Angola de 1992; art. 138 c, Tratado de Maastricht). Debe hacerse notar de manera autocrítica que siempre existe necesidad de hacer *reformas* (debido al "patronazgo de los cargos", la acumulación de cargos, las incompatibilidades, la reducción de su influencia en los cuerpos de la radio y la televisión).

Por lo demás, hay que apostar al contrapeso que se obtiene a través de *otros grupos plurales*, como los medios de comunicación masiva, las iglesias y las asociaciones. Su "competencia" crea aquella pluralidad del Estado constitucional que establece la comunidad de la libertad en conjunto. De manera aislada las nuevas constituciones se ocupan novedosamente de esta diversidad. Así, encontramos crecientemente frases sobre los medios de masas (art. 38, Const. de Portugal; art. 20, Const. de España; arts. 183 a 187, Const. del Chad de 1996), sobre las asociaciones (p.ej.,

⁷² De la literatura: von Arnim, *Der Staat als Beute*; ver, también, Huber - Möble - Stock (eds.), *Zur Lage der parlamentarischen Demokratie*.

art. 40, inc. 1, Const. de Portugal); las religiones y los cultos son tomados en cuenta en una rica diversidad de formas por las constituciones nacionales ("derecho constitucional de la religión", ver § 75). Las asociaciones y personas jurídicas son garantizadas por el lado de los derechos fundamentales (art. 9º, LF)⁷³, y protegidos en su capacidad como titulares de tales derechos (art. 19, inc. 3, LF de 1949; art. 3º, Const. peruana de 1979). Pero también han sido tomados en cuenta en otros contextos (p.ej., § 29 de la Ley federal alemana de protección a la naturaleza). Por ello se puede hablar en el tipo del Estado constitucional de un "status corporativus" que corrige, en algunos aspectos, la orientación individualista unilateral de los catálogos clásicos de los derechos fundamentales⁷⁴. En cuanto "grupos de presión", que sin duda también lo son, las asociaciones no deberían ser evaluadas sólo de manera negativa, pues en una Constitución del pluralismo son tan indispensables para el ser humano en lo individual, que se "comunitariza" en lo pequeño como en lo grande. No es sino una consecuencia de esto que el derecho parlamentario trate de crear publicidad y transparencia, entre otras medidas, mediante "listas de cabilderos"⁷⁵ y similares (para exponer los contratos de asesoría de los representantes)⁷⁶.

2) Excurso. El jefe de Estado: presidente o monarca.

Una pieza esencial del Estado constituido, con funciones casi indispensables de *integración y representación*, es en

⁷³ Ver, al respecto, BVerwGE (Sentencias del Tribunal Administrativo Federal) 1, 184.

⁷⁴ Al respecto, Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., p. 965.

⁷⁵ Regulado en el anexo 2 del reglamento interior del Parlamento Federal; cfr. al respecto, Steinberg, *Parlament und organisierte Interessen*, en Schneider-Zeh (eds.), *Palamentsrecht und Palamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 217, ss., y 256.

⁷⁶ Regulado en el § 1, inc. 2, n° 5 y 6, del anexo 1 al reglamento interior del Parlamento Federal.

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

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

El art. 5º de la Const. de De Gaulle de 1958 dispone: "El presidente de la República vela por el cumplimiento de la Constitución... Es el garante de la independencia nacional", un ejemplo que se encuentra nuevamente en algunas constituciones reformadas de Europa oriental que tienen estructura presidencial, y también en África (p.ej., art. 58, Const. de Togo de 1992). En Italia, el debate sobre la reforma constitucional gira actualmente en torno a la posición del presidente (¿electo por el pueblo?, semipresidencialismo). Alemania ha recorrido diversas variantes en su historia constitucional, pues mientras que la Constitución de Weimar instituyó al presidente del "Reich", electo directamente por el pueblo, casi como "heredero" del monarca constitucional de la Constitución bismarckiana de 1871, creando así un dualismo frente al Parlamento ("Reichstag"), en cambio resultan modestas las competencias del presidente federal actual, electo por un

cuerpo parlamentario ("Asamblea Federal": art. 54, LF), pues no tiene participación independiente en la "dirección suprema del Estado"⁷⁷ (nuevamente se demuestra hasta qué punto las constituciones son "reacciones" a las constituciones que las precedieron y hasta qué grado la teoría constitucional es una ciencia de la experiencia). Sin embargo, el presidente federal, en cuanto instancia "separada" de los partidos políticos y de sus actividades cotidianas, puede, sobre todo a través de la palabra, del discurso, "promover" algunas cosas, también criticar e impulsar reformas. Si bien no se trata de un "*pouvoir neutre*" en el sentido de B. Constant, satisface la necesidad humana de contar temporalmente, en el Estado constitucional, con una instancia lo más independiente, junto con los tribunales.

Al diseñarse una nueva Constitución, sobre todo en el proceso de "*nation building*" y "*Constitution making*", como en Sudáfrica, pero también en las nuevas constituciones de Europa oriental, hay que poner atención a la vinculación entre *procedimiento electoral* y *competencias* del jefe de Estado. Mientras más amplias sean las competencias del presidente, tanto más hay que pensar en una elección popular directa (cfr., p.ej., art. 59, Const. de Togo; art. 61, Const. del Chad de 1996). Si bien esto no es forzoso (cfr. la Constitución de la República Eslovaca), un presidente puede ejercer mejor competencias más amplias cuando cuenta con una legitimidad democrática directa (v. gr., los Estados Unidos de América). Si bien esto puede conducir a "fricciones" frente al Parlamento, incluso a situaciones de bloqueo, también puede significar una salvable pieza de los "*checks and balances*".

En cuanto institución del Estado constitucional, la monarquía no es una forma deficiente o una variante "de-

⁷⁷ Cfr. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 274.

generada" frente al presidente de una República ("monarquía constitucional"). El carácter hereditario del cargo mezcla, en el plano nacional, un elemento monárquico-aristocrático con el tipo del Estado constitucional. Los ejemplos actuales de Bélgica (rey Balduino) o España muestran con cuánta intensidad pueden desempeñar funciones de integración y representación los jefes de Estado monárquicos respecto de "pueblos" que se encuentran divididos. En relación con el rey de España, don Juan Carlos I, se ha hablado también de que se trata del "rey de la República Española". Esto no es una *contradictio in adjecto*, si se hace referencia a la "República" mediante conceptos como los de "libertad", "democracia", en la tradición de Cicerón con la *res publica* y la *salus publica res populi*. Por lo demás, muchos ciudadanos se sienten más alentados en su *emotio* por la "tradición" de las "casas reinantes" que por la *ratio* en el caso de los presidentes temporales. Ambos caracterizan al ser humano —*ratio* y *emotio*— y el Estado constitucional hace bien en aprovechar también las fuentes irracionales del consenso, por ejemplo, bajo la figura de los llamados símbolos patrios o las festividades públicas o los días constitucionales (como el 14 de julio en Francia o el 4 de julio en los Estados Unidos de América) o, por ejemplo, en su nuevo día de "Martin Luther King".

En algunas nuevas constituciones se encuentran notables catálogos de tareas, incluso en la delimitación respecto de las tareas del Parlamento y el gobierno (cfr. el art. 106, n° 1 a 30, Const. de Ucrania, y los arts. 84 y 85, Const. de Sudáfrica).

3) *El gobierno*. En sentido institucional, "gobierno" significa, en el Estado constitucional, la institución que, en principio, está encargada de la específica "función de gobierno" y que se compone del primer ministro y de los ministros. Si bien el concepto angloamericano de "*government*" es más amplio, porque se refiere al conjunto de las

actividades del Estado, el concepto europeo continental de "gobierno" es más reducido: se refiere a la dirección política del Estado como liderazgo responsable del conjunto de la política interna y exterior⁷⁸. Con ello, sin duda, se producen intersecciones con las tareas y modos de actuación del presidente, por un lado (p.ej., en el sistema presidencial francés), y del Parlamento, por el otro (así en la Ley Fundamental de Bonn, la cual vincula estrechamente la función de gobierno con la función legislativa). Sin embargo, es posible desentrañar en el sentido funcional e institucional la relación específica de la función política del Estado constitucional —a diferencia de la función jurídica encarnada sobre todo por el Poder Judicial— respecto del Gobierno: se hallan en primer término elementos de la dinámica y la actividad creativas, de la actividad por propia iniciativa, de la libertad flexible de configuración, del "conducir". Pero, sin duda, gobernar también significa ejercicio del poder; sin embargo, en el Estado constitucional dicho ejercicio se produce en función de ciertas tareas (del bien común) descriptas en términos materiales y procesales por la Constitución. El Gobierno controla hacia "abajo", o hacia lo interno, a la "Administración"; hacia afuera intenta influir, mediante su política de información, a la opinión pública, la cual, por su parte, controla al mismo tiempo al Gobierno. En el Parlamento debe obtener mayoría y debatir con la oposición.

Las constituciones harán bien si, en el texto, regulan en lo general, en sentido funcional e institucional, al Gobierno y dejan todo el resto al proceso político. De este modo, la Constitución no debería señalar el número y tipo de los ministerios, ya que, por ejemplo, en los gobiernos de coalición en los sistemas parlamentarios debe haber sitio para el "bargaining"; mucho depende de las personas y los

⁷⁸ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 226 y 227, con referencia a Scheuner, *Der Bereich der Regierung*, en "Staats-
theorie und Staatsrecht", p. 455 y siguientes.

partidos participantes. Un constituyente difícilmente puede prever todas las nuevas necesidades a las que debe enfrentarse rápidamente y de manera ad hoc un Gobierno. Así, por ejemplo, en Baviera se creó en 1970 un Ministerio del Ambiente, mucho antes de que la Constitución bávara, a través de una reforma, reconociera la protección del ambiente como objetivo del Estado (1984).

Ciertamente, llama la atención que las constituciones recientes normen amplios catálogos de funciones en materia de gobierno, los que en ocasiones se vuelven muy detallados (v.gr., arts. 40 y 41, Const. de Sudáfrica de 1996; art. 116, Const. de Ucrania de 1995; ver también el art. 146, inc. 4, Const. de Polonia de 1997).

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

4) *La Administración*. La Administración, en el sentido institucional y funcional, no es menos importante en el Estado constitucional. Esto queda de manifiesto en la frase que califica al derecho administrativo como "derecho constitucional concretizado" (F. Werner), pero también en una mirada a la normalidad de la vida cotidiana. Los altos fines del Estado señalados en la Constitución tienen que ser realizados, de manera *práctica*, en cada "lugar". Con razón se habla, desde hace tiempo, del "arte de administrar" y, desde hace poco, de la "cultura administrativa"⁷⁹.

⁷⁹ Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1ª ed., p. 20, nota 25; 2ª ed., p. 1079 y 1344.

Las diversas naciones se distinguen con bastante precisión en este aspecto: así, en Francia (que es un país centralista) se reconoce ampliamente la formación que otorgan las escuelas superiores de Administración; la Administración bávara goza de especial prestigio, en contraposición a algunos *Länder* del norte de Alemania. Los métodos del *new public management*, así como la tendencia a la privatización, indican de momento una "reestructuración" de la Administración, la cual enfrenta a todo Estado constitucional a grandes desafíos⁸⁰. En los Estados federales y regionales se introduce también algo de la división de poderes garante de la libertad en la institución y la función Administrativa, puesto que ésta se encuentra dividida en planos verticales. Por lo demás, en el Estado constitucional la Administración se caracteriza por la "realización de las funciones estatales en lo particular y en especial por su vinculación a normas jurídicas"⁸¹. En lo particular, resultan útiles los siguientes caracteres: la Administración como actividad "dirigida", con la función de la "concretización" en el caso particular, en la que se requiere saber técnico y profesional. Sin embargo, en la realidad actual del Estado constitucional no puede describirse adecuadamente a la Administración mediante el concepto de "ejecución dependiente" y la imagen de la "técnica avalorativa", ya que la sujeción al derecho es diferenciada: la Administración pública tiene mayor margen de libertad en la aplicación de los conceptos constitucionales abiertos como "Estado social", "Estado ambiental" o "Estado de cultura", pero también en el ámbito de los conceptos jurídicos indetermi-

⁸⁰ Mastronardi - Schedler, *New public management*. Cfr., también, Schuppert, *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten*, p. 24 y ss., sobre las "public corporations".

⁸¹ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 229 y ss., sobre lo que sigue. El art. 195 de la Const. de Sudáfrica de 1996 fija expresamente los objetivos de la Administración, por ejemplo, "high standard of professional ethics", "transparency", "good human-resource management".

nados, como el "bien común" o el "interés público", o también en el campo de la planeación y la prestación de servicios por la Administración, así como en el ámbito discrecional. Pero siempre es directamente constitucional; tiene un mandato constitucional *independiente* [cfr. BverfGE 49, 89 (125 y ss.), sentencia "Kalkar"], le corresponden en sus campos nucleares una reserva de la Administración protegida constitucionalmente⁸². Por ejemplo, también tiene un mandato directo de proteger los derechos fundamentales y "contribuir" a su realización. Es en esta medida que la Administración se afirma como poder o, mejor, como "función" independiente en el conjunto del Estado constitucional, a pesar de que sea "dirigida" por el gobierno político. Una función especial del Estado constitucional que se encuentra frecuentemente amenazada consiste en la configuración de *garantías conexas* de esta Administración para el bien común sujeta al derecho. Aquí pertenece en época reciente, cada vez más, el principio de la *publicidad de la Administración* (v.gr., bajo la forma de un derecho a la información ambiental, visible, p.ej., en el art. 74, inc. 3, Const. de Polonia de 1997); ya son clásicos los postulados, ligados al funcionariado profesional, de la "imparcialidad" y de la estricta "objetividad" (cfr. el art. 130, inc. 1, Const. de Weimar: no "servidores de un partido"), los cuales se encuentran amenazados en varias democracias europeas por el patronazgo de los cargos.

Al segundo poder y a la Administración les corresponde también la *autonomía administrativa municipal (kommunale Selbstverwaltung)*, la cual muestra una especial vinculación con la democracia y el desarrollo de los derechos fundamentales en el Estado constitucional⁸³, lo que

⁸² De la bibliografía, ver al respecto: Schmidt - Bartelsperger, *Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung*, VVDStRL, vol. 33, p. 183 y ss., y p. 306 (intervención de Häberle); cfr., también, Schröder, *Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung*, en *HdBStR*, vol. III, 1988, 67, n° marg. 22 y siguientes.

⁸³ Cfr. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., p. 751.

comenzó en Alemania con la reforma del Freiherr von Stein (1808). En este sentido, es un texto constitucional afortunado el art. 11, inc. 4, de la Const. bávara de 1946: "La autonomía administrativa de los municipios sirve a la construcción de la democracia en Baviera de abajo hacia arriba". Ideas análogas se encuentran en la Carta Europea de la Autonomía Municipal de 1985 y en los nuevos textos constitucionales después de 1989 (p.ej., art. 3º, inc. 2, Const. de Mecklemburgo-Antepomerania de 1993).

También corresponde al segundo poder la "defensa militar", si bien ésta tiene sus rasgos propios en relación con las demás funciones de la Administración. Para el Estado constitucional resulta determinante la construcción de controles suficientemente efectivos respecto de la defensa y las fuerzas armadas, para que no se independicen y se conviertan en un "Estado dentro del Estado" (como en la República de Weimar). En este sentido, hay necesidad de un control funcional mediante una opinión pública pluralista, pero también a través de mecanismos jurídicos de control: aquí se sitúa la pregunta de *quién* ejerce el poder de mando sobre las fuerzas armadas (frecuentemente corresponde al jefe de Estado, como el presidente de los Estados Unidos de América o el presidente de Francia—ver también el art. 106.16, Const. de Ucrania, y el art. 134, inc. 1, Const. de Polonia—o al monarca—cfr. el art. 62, literal h, Const. española de 1978—, en ocasiones al ministro de defensa y, en caso de guerra, al jefe de Gobierno—cfr. art. 65 a, 115 b, LF—); aquí corresponde la creación de instituciones efectivas de *control parlamentario* (p.ej., un "comisionado parlamentario para la defensa": art. 45 b, LF)⁸⁴. En los sistemas de seguridad colectiva, como la OTAN, se atribuye una competencia decisoria considerable a las instancias de la alianza, aunque en Alemania el TCFA creó una así llamada "reserva parlamenta-

⁸⁴ Cfr., al respecto, Hartenstein, *Der Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages*.

ria" (cfr. E 90, 286). En el fondo, nos encontramos aquí ante fenómenos de acción cooperativa de los Estados constitucionales que hacen cuestionables conceptos guía tradicionales como el de "soberanía". Esto es aplicable con mayor razón en la Unión Europea, donde ha surgido un "derecho administrativo europeo" (J. Schwarze).

Que las fuerzas armadas posean en algunas democracias una "función de guardianes" propia (así en Turquía, por el Consejo Nacional de Seguridad; cfr. también el Preámbulo y los arts. 118 y transitorio 15, Const. de 1982) o que lo ejerzan en la práctica (como, p.ej., en las Filipinas o en Indonesia) es una prueba de que estos países no son todavía Estados constitucionales plenamente "desarrollados".

5) *La jurisdicción*. La jurisdicción ha experimentado, como institución y como función en el Estado constitucional actual, una *apreciación* incomparable, lo cual se relaciona con las experiencias negativas en los Estados tiránicos socialistas y nacionalsocialistas, pero podría ser convergente con la destacada posición independiente de los jueces en los sistemas jurídicos angloamericanos (en la LF alemana, el art. 97, inc. 1). A esto se agrega que con frecuencia la "coronación" de la protección jurídica y el Estado de derecho se ve en una jurisdicción constitucional propia, la cual puede mostrar una historia de éxito sin paralelo, desde Austria (1920) hasta la lejana Sudáfrica (1996-1997), desde Italia, Francia, Portugal y España hasta el TFC alemán (entre los Estados constitucionales clásicos, solamente Grecia carece de una jurisdicción constitucional propia). A esto se agrega el modelo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América y el desarrollo de los "tribunales constitucionales europeos", como el Tribunal de Justicia Europeo y la Corte Europea de Derechos Humanos; también la actividad del tribunal constitucional interamericano y el de los países del Pacto Andino. No obstante las diferencias que pueda haber por la cultura jurídica en su

desarrollo histórico, en todas partes el Estado constitucional se ha despedido de la idea de Montesquieu de que el juez es solamente la "*bouche de la loi*". Si bien se ha exagerado la imagen del "Estado judicial" (R. Marcic), crece cada vez más el reconocimiento de la función "pretoriana" del tercer poder, de que sus tareas también son creativas; la sola "defensa del derecho" (cfr. art. 164, Tratado de la Comunidad Europea)⁸⁵ no es suficiente; también se trata de un prudente desarrollo del derecho hasta llegar al *derecho judicial* como "fuente del derecho" propia. En los Estados Unidos de América se habla plásticamente del "*law in action*", lo que hay que complementar con una palabra que designe lo público: "*law in public action*". Por cierto, la *legitimación democrática de los jueces* es muy diversa en los países en lo particular: en Suiza, se elige directamente a los jueces en el ámbito de los cantones, como asimismo en algunos Estados de los Estados Unidos de América; en Alemania son elegidos por los comités de selección judicial en unión de los gobiernos de los *Länder*. También hay que mencionar las reglas especiales que rigen para los jueces constitucionales, ya que algunos de ellos son nombrados por el presidente o por otros órganos (cfr. art. 135, Const. de Italia; art. 147, Const. de Bulgaria de 1991). Ya que, si bien el "tercer poder" se ha apreciado en el Estado constitucional actual, no es más que *parte* de las funciones estatales y permanece articulado en el sistema conjunto de la división de poderes y debe respetar el principio de los límites jurídico-funcionales de la actividad jurisdiccional, aunque éstos puedan variar en el tiempo, en el espacio y entre países ("*judicial activism*"- "*judicial restraint*").

El Estado constitucional haría bien en crear numerosas *garantías conexas* para la protección de la independen-

⁸⁵ Al respecto, ver I. Pernice, en Grabitz - Hilf (eds.), *Kommentar der Europäischen Union*, sobre el art. 164, n.º marg. 7 a 19.

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

Si frente a este trasfondo nos preguntamos por el "tipo fundamental" de la jurisdicción, hay que hacer referencia, por un lado, a su amplia separación respecto de las demás funciones del Estado y, por el otro, a sus tareas de resolución "autoritativa, y por tanto, obligatoria e indepen-

diente, en los casos de derechos controvertidos o violados⁸⁶. En virtud de la "supremacía de la Constitución" que caracteriza al Estado constitucional (p.ej., art. 8º, inc. 1, Const. de Polonia de 1997; art. 3º, inc. 2, Const. de Benín de 1990), en particular de la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución, son todos los tribunales, en un sentido más profundo y amplio, "tribunales constitucionales".

§ 69. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Haber resumido en un principio constitucional único la fórmula del "Estado social de derecho" (cfr. art. 28, inc. 1, frase 1, LF) es una conquista colectiva de la ciencia jurídica y la práctica constitucional alemanas. Sus clásicos son F. J. Stahl y R. v. Mohl, por un lado, en la medida en que fueron precursores científicos de la idea del Estado de derecho en el siglo XIX⁸⁷, y H. Heller, por otro lado, porque propagó al "Estado social" en general y con vistas a la Constitución de Weimar⁸⁸. Nadie menos que Carlo Schmid, uno de los más influyentes "padres" de la Ley Fundamental de Bonn, hacía remontar expresamente, en los debates constituyentes, esta fórmula de H. Heller, propuesta por H. von Mangoldt⁸⁹, al "pathos social de la tradición republicana"⁹⁰. Bien visto, el *Estado social de derecho* es una

⁸⁶ Así las opiniones en la doctrina alemana que resume Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 234 y 235.

⁸⁷ De la bibliografía, ver Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2ª ed., p. 882.

⁸⁸ Cfr. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur*, p. 11; ver, al respecto, de la bibliografía, Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*; Denhard, *Dimensionen staatlichen Handelns*, p. 33 y siguientes.

⁸⁹ Cfr. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2ª ed., p. 878.

⁹⁰ Consejo Parlamentario, informe estenográfico, p. 172; al respecto, Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2ª ed., p. 880.

"prórroga" congenial, para el siglo XX, del antiguo concepto de Estado de derecho, y actualmente cabe preguntarse si no requiere una nueva prórroga, tomando en cuenta que el Estado constitucional es responsable también por las futuras generaciones y, en tal medida, se encuentra obligado a la protección del ambiente ("Estado constitucional o de derecho ecológico"). En todo caso, en la actualidad el Estado social de derecho es un elemento esencial⁹¹ en el conjunto del Estado constitucional, y su evolución de etapas textuales da testimonio de ello. Así se encuentran ejemplos de textos en la mayoría de las constituciones recientes, ya sea en los Estados reformados de Europa oriental (art. 1º, inc. 1, Const. de Macedonia de 1991: "*social state*"; art. 2º, Const. de Polonia de 1997: "Estado democrático de derecho que realiza los principios de la justicia social"; art. 1º, Const. de Ucrania de 1996: "*social, law-based state*") o en África (art. 1º, inc. 1, Const. de Guinea Ecuatorial de 1991: "Estado social y democrático"; Preámbulo de la Constitución de Madagascar de 1995: "Estado de derecho"; asimismo, art. 8º, inc. 1, Const. de Níger de 1996: "Estado de derecho").

Las fórmulas varían, pero en el fondo quieren decir lo mismo: el Estado constitucional comprometido con la *justicia social*. Ciertamente es que ésta es una fórmula demasiado general y abstracta, por lo que es susceptible, y requiere, de una configuración (política) y de interpretación múltiple. En la comparación jurídica se producen ciertos "principios parciales" que son comunes a todos los Estados constitucionales. A ellos pertenecen, desde el lado *formal*, la "supremacía de la Constitución"⁹², la sujeción a la ley (entre otros, la legalidad de la administración); por el lado *material*, un estándar europeo común de derechos humanos, la división de poderes, la responsabilidad del

⁹¹ Schmid habla también del "contenido esencial".

⁹² Cfr. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung*, "Der Staat", vol. 20, 1981, p. 465 y siguientes.

Estado, la protección jurídica por jueces imparciales, etcétera. Si la LF ya manifiesta, en su art. 20, inc. 3, la tensión entre "ley y derecho" y mediante la positividad intermedia y la valoración, entonces el atributo "social" significa con mayor razón un recurso directo (*Durchgriff*) a los elementos de justicia (preestatales) como la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección ("seguridad social"). Si la legislación social de Bismarck de 1881 inició tempranamente, en la práctica, un sistema de seguridad social, cuya "reestructuración" quizá esté pendiente en la actualidad, así también la cláusula del Estado social fue una vía para la *integración de la clase trabajadora* en el Estado constitucional y el sistema parlamentario. Lo que en el mundo angloamericano se discute como "*Welfare State*", y que quizá resulte demasiado débil en los Estados Unidos de América, es actualmente patrimonio común de los Estados constitucionales europeos (si bien la controversia actual sobre una "Carta Social Europea" de la UE permite apreciar que hay diferencias). Así, las constituciones de Europa expedidas después de la Segunda Guerra Mundial se caracterizan por fórmulas más o menos refinadas que se refieren en el fondo al "Estado social de derecho", por ejemplo, en Italia (arts. 35, 36 y 38, Const. de 1947), pero también en Grecia (arts. 21 a 23, Const. de 1975), España y la Constitución de Portugal de 1976 (art. 1º: "sociedad libre, justa y solidaria"; art. 63, inc. 1: "Todos tienen derecho a la seguridad social"). También las constituciones cantonales suizas contienen una rica paleta de textos normativos comprometidos con la idea del Estado social; así, la Constitución del Cantón del Aargau de 1980 (§ 25, inc. 1: "El Estado promueve el bienestar general y la seguridad social"); por último la Constitución de Berna de 1993 (art. 29: "Derechos sociales"; art. 30: "Objetivos sociales").

Solamente en las constituciones, como la de los Países Bajos de 1983, que son, en el conjunto de su programa re-

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

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

La configuración del *principio del Estado de derecho* en la ley fundamental alemana se compone de una multiplicidad de elementos que han encontrado precipitación textual distribuida en toda la LF: esto va desde los derechos fundamentales⁹³ (arts. 1º a 19), incluyendo la reserva

⁹³ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 83.

de ley⁹⁴, del principio de proporcionalidad⁹⁵ y de la garantía de la protección judicial⁹⁶ (art. 19, inc. 4), pasando por la división de poderes (cfr. art. 20, inc. 2, frase 2), la primacía del derecho⁹⁷, la legalidad de la Administración y la supremacía de la Constitución⁹⁸ (art. 20, inc. 3), la responsabilidad del Estado⁹⁹ (art. 34) y el derecho de revisión judicial¹⁰⁰, hasta llegar a las garantías de la justicia en el art. 101 y siguientes.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del TCFA, el principio del Estado de derecho "se encuentra definido en la Constitución solamente de manera parcial", por ello, el concepto del Estado de derecho se desarrolla en el derecho constitucional alemán a partir de su uso en la cláusula general del art. 28, inc. 1, de la LF; el topos del Estado de derecho así utilizado "requiere de concretización dependiendo de las situaciones objetivas"¹⁰¹ y la doctrina y la jurisprudencia los han definido de manera diferenciada en múltiples ocasiones.

Pero en el centro de la discusión se encuentra siempre la seguridad jurídica¹⁰². Bajo este concepto caen los siguientes subaspectos del problema de la retroactividad

⁹⁴ Badura, *Staatsrecht*, p. 276.

⁹⁵ BVerfGE 23, 127 (133), con mayores referencias; cfr. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, p. 61 y ss.; de manera diferenciada sobre ésta y otras derivaciones del principio de proporcionalidad, Michael, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, p. 267 y 268.

⁹⁶ Schmidt-Aßmann, en Maunz - Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, sobre el art. 19 IV, de la LF, Rz. 15 y siguientes.

⁹⁷ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 86 y siguientes.

⁹⁸ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 88; Badura, *Staatsrecht*, p. 271 y siguientes.

⁹⁹ Badura, *Staatsrecht*, p. 282 y siguientes.

¹⁰⁰ Badura, *Staatsrecht*, p. 271.

¹⁰¹ BVerfGE 65, 283 (290).

¹⁰² Cfr. Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat*, en *HdBStR*, vol. 1, 2ª ed., p. 1030; Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, p. 90 y siguientes.

de las leyes¹⁰³, la cuestión de la certidumbre de las normas, la validez de los actos administrativos y la cosa juzgada de las sentencias, la autosujeción de la Administración y los requisitos de publicidad¹⁰⁴. Lo que estos aspectos tienen en común es la función estabilizadora del principio del Estado de derecho, como "forma de producción de continuidad"¹⁰⁵.

El origen de todas estas garantías es la idea de la protección de la confianza, incluso -en última instancia- la "idea de la justicia"¹⁰⁶.

Desde el punto de vista metódico es notable el hecho de que el principio del Estado de derecho reúna en sí aspectos que en ocasiones son contradictorios¹⁰⁷, sobre todo en la oposición entre justicia formal y justicia material. Por ello se ha hablado de que el principio es como la "cabeza de Jano"¹⁰⁸.

El principio del Estado social (cfr. el art. 20, inc. 1) es mencionado en la LF de manera conjunta con el principio del Estado de derecho (el art. 28, inc. 1, frase 1, habla de los principios del "Estado social de derecho"). Esto plantea la cuestión de la relación de ambos principios entre sí. Así como el principio del Estado de derecho incorpora en sí antinomias, también es frecuente que el principio del Estado de derecho y del Estado social hayan sido entendidos como un par opuesto. Sin embargo, la doctrina ha refutado o matizado¹⁰⁹ poco a poco la incompatibilidad en-

¹⁰³ Cfr., al respecto, BVerfGE 13, 261 (272), jurisprudencia constante; por último, v.gr., E 88, 384, 403 y siguientes.

¹⁰⁴ Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, p. 394 y siguientes.

¹⁰⁵ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 85.

¹⁰⁶ BVerfGE 33, 367 (383), con mayores referencias.

¹⁰⁷ BVerfGE 65, 283 (290).

¹⁰⁸ Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, p. 378.

¹⁰⁹ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 95, habla del Estado de derecho como límite del Estado social.

tre ambos que afirmaba E. Forsthoff¹¹⁰. Pero con ello la idea del Estado social se ha convertido en un objetivo, sumamente indeterminado, del Estado ("norma en blanco")¹¹¹, para cuyo desarrollo el TFCA le ha conferido al legislador un "amplio margen para su libre configuración"¹¹². En todo caso, la garantía del mínimo existencial se ha fundado en el principio del Estado social en relación con el art. 1º, inc. 1, de la LF (dignidad humana)¹¹³. Además de lo anterior, el principio del Estado social desempeña un papel como *topos* argumentativo en el marco del principio general de igualdad, de diversos derechos de libertad e incluso del principio de la democracia¹¹⁴.

§ 70. *ESTADO DE CULTURA Y DERECHO CONSTITUCIONAL*
DE LA CULTURA: EL CONCEPTO ABIERTO DE CULTURA

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

a) *ÁMBITOS MATERIALES EN ALEMANIA*. Al igual que para el derecho administrativo de la cultura, nos referimos por lo pronto a los tres principales ámbitos materiales ya mencionados: educación (art. 12, en relación con los 3º y 20, inc. 1, LF; incluyendo la educación de los adultos, el art. 139, Const. de Baviera, y la libertad de las escuelas

¹¹⁰ Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVDStRL, vol. 12, 1954, p. 8 y ss., y 13.

¹¹¹ Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2ª ed., p. 914.

¹¹² BVerfGE 18, 257 (273).

¹¹³ Cfr. BVerfGE 1, 97 (104), por un lado, y E 40, 121 (133), por el otro; recientemente E 82, 60 (85). Una resolución temprana en BVerfGE 1, 159.

¹¹⁴ Zacher, *Das soziale Staatsziel*, en *HdBstR*, vol. I, 2ª ed., p. 1068, 1070, 1096 y siguientes.

privadas, art. 30, Const. de Renania-Palatinado), el arte y la ciencia (art. 5º, inc. 3, LF; art. 18, Const. de Renania del Norte-Westfalia). Los elementos comunes constitutivos de estos ámbitos culturales, que hablan en favor de la oportunidad del concepto de "Constitución cultural", son un particular grado de autonomía, de libertad y distancia hacia el poder coactivo del Estado, con la consecuencia de que la imagen propia de los participantes en el proceso cultural adquiere una particular importancia para la interpretación de la Constitución cultural¹¹⁵; por esta razón, es posible considerar al derecho eclesiástico del Estado (art. 140, LF; arts. 132 y 150, Const. de Baviera; arts. 41 a 48, Const. de Renania-Palatinado; arts. 39 a 41, Const. de Turingia), o mejor dicho, al "derecho constitucional de la religión", como derecho constitucional "especial" de la cultura. Los elementos comunes surgen de que el derecho constitucional de la cultura se refiere al mencionado concepto general cotidiano de la cultura en sentido estricto.

b) *FORMAS TÉCNICO-JURÍDICAS DE MANIFESTACIÓN*. Vale su estudio en los distintos contextos.

1) *Diversidad técnico-jurídica de las normas constitucionales de la cultura en los "viejos" Estados constitucionales*. Desde el punto de vista técnico-jurídico nos encontramos con que las normas constitucionales de la cultura en los "viejos" Estados constitucionales asumen formas diversas:

a) En las cláusulas generales o especiales sobre el Estado de cultura (p.ej., art. 3º, Const. de Baviera: Baviera es un "Estado de cultura", y art. 139: mandato de educación de los adultos; art. 1º, frase 2, Const. de Sajonia de 1992:

¹¹⁵ Sobre la relevancia de la imagen propia, cfr. BVerfGE 24, 236 (247 y 248). Ver, también, BVerfGE 54, 148 (155 y 156), caso "Eppler". En forma general Morlok, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*.