

# *Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional*

— PETER HÄBERLE\*

## INTRODUCCION

PRIMERA PARTE: La teoría constitucional como jurisprudencia. Consideraciones fundamentales

- I. Pluralismo y racionalismo crítico como filosofía del Estado constitucional y vencedor del Marxismo-Leninismo de los Estados socialistas —el rol de lo nacional
- II. La «mesa redonda» como metáfora para la creación de una Constitución pluralista en el contexto de un Estado constitucional «en germinación» —la herencia cultural
- III. La democracia pluralista y el sistema multi-partidario «somos el pueblo», como rechazo del Estado constitucional de Europa Oriental al Partido de Unidad Socialista, al Marxismo-Leninismo y al centralismo democrático
- IV. El significado de los símbolos: banderas, escudos, himnos, feriados, etc.
- V. La economía de mercado como meta de las reformas y la analogía que se desprende entre democracia y mercado

SEGUNDA PARTE: Problemas individuales planteados por las nuevas constituciones y proyectos de Constitución en Europa Oriental - luz y sombra, ensayo y error, innovaciones exitosas y carencias dudosas

- I. Observaciones preliminares
- II. Análisis detallado del movimiento constitucional en Europa Oriental

TERCERA PARTE: perspectivas

## INTRODUCCION

La nueva partida de Europa Oriental y la «hora mundial del estado constitucional» que se anuncia con esa partida, brindan la oportunidad para un debate que una a todas las disciplinas propias de la jurisprudencia. Sobre todo, les compete a la jurisprudencia y la teoría constitucional encontrar un terreno común: a la jurisprudencia porque —desde Platón— ha brindado principalmente las respuestas a las «eternas preguntas» acerca de la comunidad humana con un gran canon de textos clásicos; a la teoría constitucional porque es esa disciplina académica la que, en su preocupación por el fenómeno universal del Estado constitucional, reviste primordial importancia al redactar e interpretar las constituciones. Quizás no sea impropio enmendar una cita de Hegel, si bien fue Kant quien —con su dignidad humana— formuló la irremplazable «premisa cultural y antropológica» del Estado constitucional. La cita de Hegel de que la filosofía es «su era expresada en palabras» podría —en realidad debe— leerse

---

\* Universidad de Bayreuth y St. Gallen.

como sigue en esta era constitucional: «los proyectos de Constitución y las constituciones son su era expresada en palabras». La teoría constitucional debe desempeñar un papel eminente en vista del poder de fascinación que ejercen en todo el mundo las constituciones escritas y al final probablemente ello se debe a la autoridad de la palabra escrita en las tres grandes religiones canónicas: el Judaísmo, el Cristianismo y el Islam (o el Tora, la Biblia y el Corán). El contorno de esta teoría constitucional nos confronta diariamente, no sólo bajo la forma de los «clásicos» por Locke y Montesquieu, Rousseau y Kant, sino también de los **Documentos Federalistas** de los Estados Unidos de 1787, algunas encíclicas sociales de la Iglesia Católica [siendo el ejemplo más reciente la de *Centesimus Annus* (1990)] y los memoranda Protestantes [como aquél sobre la democracia (1991)] por un lado y en forma de reportes periodísticos por el otro. Como ejemplo podemos citar la lista de criterios elaborada por la Comunidad Europea para el reconocimiento de los estados que suceden a Yugoslavia (1991), esta lista incluye la protección de los derechos humanos, la democracia, protección de las minorías y prohibición de cambios limítrofes violentos: en otras palabras, esta lista es el comienzo de un concepto normativo del Estado, «constituyéndolo» literalmente desde el punto de vista del derecho internacional. Asimismo, está claro que la emergencia de constituciones en Europa Oriental forma parte de un proceso mundial de producción y recepción que incluye hoy día a los países en vías de desarrollo y a los estados menores (en el cual las declaraciones de la Consejo Consultivo Económico y Social de la Comunidad Económica Europea constituyen un depósito de problemas y textos). Lo que sucede es que en Europa Oriental simplemente se da una dinámica especial, o acaso un drama. Actualmente hay una «mesa redonda» mundial entre aquellos miembros de la comunidad académica que estudian el Estado constitucional, y cuya existencia la facilita la sociedad abierta (en comunicaciones) de un mundo unido.

No pretendemos con esto exigir una posición de monopolio para la teoría constitucional. Por el contrario, ésta debe conciliarse con los eternos problemas de la jurisprudencia y su «tesoro», pero se encuentra en condiciones de formar textos nobles de esta última, vale decir, constituciones escritas que expresen individualmente una cierta quinta esencia del patrimonio cultural de un pueblo y sus esperanzas futuras (hasta un «*quantum*» de esperanza utópica, como es el concepto de la unidad alemana en la Constitución de Alemania previa a 1989). Hacerlo constituye tanto su intención como su deber, puesto que las constituciones deben describir y crear el consenso popular en la forma más sucinta posible y hacerlo sin embargo de una manera abierta. Esta es la razón por la cual las constituciones escritas son tan significativas y por qué la teoría constitucional se considera aquí como un estudio de literatura y humanidades desde un punto de vista legal.

#### A. PRIMERA PARTE

##### LA TEORIA CONSTITUCIONAL COMO JURISPRUDENCIA CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES

#### I. Pluralismo y racionalismo crítico como filosofía del Estado constitucional y vencedor del Marxismo-Leninismo de los Estados socialistas –el rol de lo nacional

Una de las grandes bondades de la sociedad abierta o Estado constitucional radica

en que no tienen una filosofía «oficial» ni una filosofía «corporativa». Dentro de ciertos «límites de tolerancia», la Constitución pluralista permite todas las ideologías, visiones del mundo, filosofías, religiones, ciencias y artes. Sin embargo, hay una filosofía que le otorga pluralismo a esta posición central y que, en mi opinión, ofrece el mejor marco teórico para el Estado constitucional: el racionalismo crítico de Popper <sup>1</sup>.

Desde el punto de vista de la Constitución escrita, tanto los derechos fundamentales como la democracia pluralista con su separación de poderes, para no mencionar la «economía social de mercado», brindan el marco general y particular que constituye una sociedad abierta <sup>2</sup>. Sin embargo, la doctrina del Estado constitucional, no obstante toda su justificada satisfacción ante su historia, debe anticipar y brindar aquellos elementos teóricos que permitan a los Estados de Europa Oriental su propia identidad, a pesar de lo universal que puedan ser la letra y el espíritu de sus constituciones. El enfoque de las humanidades permiten que esto ocurra. Cada una de las naciones y pueblos de Europa Oriental tiene su propia identidad cultural. Ya sea que ésta se capte y defina desde el punto de vista nacional –en el cual la nación permanece como una dimensión normal del Estado constitucional– o se enriquezca desde el punto de vista regional, la identidad e individualidad de cada país tiene suficiente valor intrínseco y

*Desde el punto de vista de la Constitución escrita, tanto los derechos fundamentales como la democracia pluralista con su separación de poderes, brindan el marco general y particular que constituye una sociedad abierta*

su peso propio en el marco del Estado constitucional como un modelo: brindan una variación del modelo desde las profundidades de la propia historia del país y el alcance de sus futuras esperanzas. Europa Oriental puede sumar su propia voz y sus tonos específicos al concierto de todos los Estados constitucionales, como parte de ellos. Sobre todo, y a pesar de toda la relativización y limitaciones del concepto de nación como resultado de estructuras regionales y la inclusividad que proviene del reclamo del Estado constitucional a su aplicación universal, la nación se mantiene como una fuerza que forma identidad. Puesto que ciertos elementos del Estado constitucional son el «dominio del ciudadano universal»,

este modelo constitucional «universal», también se refiere a la existencia concreta e individual de la nación.

<sup>1</sup> Especialmente K. Popper, *The Open Society and its Enemies* [La Sociedad Abierta y sus Enemigos (1949)] y *Auf der Suche nach einer besseren Welt* (1984).

<sup>2</sup> Los aspectos más relevantes de esto se analizan en los siguientes estudios de P. Häberle: «Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat», *Archiv des öffentlichen Rechts (AÖR)* 110 (1985), p. 577 y siguientes; «Wirtschaft» als Thelma neuerer verfassungstaatlicher Verfassungen», *JURA (Juristische Arbeitsblätter)* 1987, p. 577 y siguientes; «Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates», FS K.J. Partsch, *Studies in honour of Partsch* [Estudios en honor de Partsch], 1989, p. 555 y siguientes.

## II. La «mesa redonda» como metáfora para la creación de una Constitución pluralista en el contexto de un Estado constitucional «en germinación» –la herencia cultural

En épocas recientes, pocas «imágenes»<sup>3</sup> han hecho tanta historia (mundial), suscitado tantas esperanzas y alcanzado tanto para la libertad y la democracia como la «mesa redonda». Inventada por la Polonia de Walesa y puesta en práctica en la misma, la mesa redonda puede remontarse a los «Caballeros de la Mesa Redonda» del Rey Arturo, desde el punto de vista de la historia de la humanidad. En nuestros tiempos ha iniciado una marcha triunfante sin paralelo en todos aquellos países que intentan desarrollarse mediante procesos de reforma para pasar de Estados socialistas (vale decir dictaduras) a sociedades abiertas. Este invento primero se limitó a Polonia y luego su fascinación se extendió a Hungría y de ahí a la República Socialista de Checoslovaquia y finalmente a la República Democrática Alemana. En épocas más recientes se estableció una «mesa redonda» en Bulgaria y Rumania y, al momento de escribir el presente ensayo (1991/92), también en Sud Africa. El éxito de la «mesa redonda» no es fortuito. Se puede justificar desde el punto de vista de la teoría constitucional, es compatible culturalmente y se puede legitimar con la ética del discurso y del consenso<sup>4</sup>. La «mesa redonda» simboliza la yuxtaposición y cooperación mutua de muchos, en forma equitativa y en una comunidad política. En mi opinión es la interpretación más visual y simbólica del «vivir y dejar vivir» no discriminatorio y característico de la negociación de constituciones pluralistas que siguen al derrumbe de los sistemas totalitarios. El círculo y la mesa (redonda) son metáforas que se pueden ver como un tipo de «herencia cultural» de la humanidad. También simboliza el momento de paz: uno se sienta a la mesa redonda, no se para en ella ni ante ella. La idea algo más antigua del Estado basado en un contrato<sup>5</sup> y de la Constitución como un «contrato siempre nuevo» se puede sentir reivindicada por el paradigma de la «mesa redonda» de hoy. Se podría convertir en el símbolo del Estado constitucional, y de sus desafíos y oportunidades en el año 1989/90, de manera similar a una formulación tal como la de «Nosotros, el pueblo» en 1787 o una línea de la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 (por ejemplo el Art. 16°).

## III. La democracia pluralista y el sistema multi-partito «somos el pueblo», como rechazo del Estado constitucional de Europa Oriental al Partido de Unidad Socialista, al Marxismo Leninismo y al centralismo democrático

La revolución de Europa Oriental –que no es sólo una «revolución para alcanzarnos» como quisiera Habermas<sup>6</sup>, porque también añade nuevos avances creativos (como por ejemplo en su determinación de que siempre impere la verdad) al Estado constitucional como modelo, claramente selecciona algunos de aquellos elementos del Estado constitucional que lo identifican como una democracia pluralista. En otras palabras, el

<sup>3</sup> Hay un debate sobre la «filosofía de la imagen» en P. Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

<sup>4</sup> Se ha debatido más recientemente en J. P. Müller, «*Versuch einer diskursethischen Begründung der Demokratie*», *FS Dietrich Schindler (Studies in Honour of D. Schindler)* [Estudios en Honor de D. Schindler] 1989, p. 617 y siguientes.

<sup>5</sup> Ver H. Schulze-Fielitz, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1989, p. 213 y siguientes

<sup>6</sup> J. Habermas, *Die nachholende Revolution*, 1990, esp. p. 179 y siguientes.

Estado uni-partidario es reemplazado por el Estado multipartidario. Por ejemplo, esto ya se puede encontrar en forma escrita en el preámbulo a la nueva (y antigua) Constitución húngara de 1949/1989, donde hallamos el pasaje: «promover la transición política pacífica a un Estado constitucional que ponga en práctica un sistema multipartidario, la democracia parlamentaria y la economía social de mercado ...». La Sección 3 promulga una cláusula sobre partidos políticos que en parte se basa en los ejemplos clásicos y en parte introduce un nuevo matiz textual <sup>7</sup>.

El propio pueblo de Alemania Oriental, en un simpático *post scriptum* a la obra de Georg Büchner, *The Death of Danton* (La Muerte de Danton), Acto 1, Escena 2, creó el nuevo texto clásico de la democracia con las palabras «Somos el pueblo». Este texto fue el golpe mortal para la «democracia del pueblo».

#### IV. El significado de los símbolos: banderas, escudos, himnos, feriados, etc.

Desde que empezó, el nuevo comienzo y levantamiento de Europa Oriental estuvo acompañado de un cambio de los símbolos del Estado. Como estos habían sido impuestos desde arriba en la tradición Marxista-Leninista, transplantados y con la forma concreta de signos socialistas, con la hoz y el martillo, estrellas rojas y otros similares, en ciertos feriados nuevos que celebraban la toma del poder o en feriados tradicionales modificados como el Primero de Mayo <sup>8</sup>, fueron generalmente cambiados desde el comienzo de la transición al Estado constitucional: frecuentemente se hizo regresando a la suprimida historia constitucional de la nación de Europa Oriental en cuestión.

Los símbolos del Estado son especialmente necesarios en las democracias pluralistas puesto que brindan elementos de identidad cultural del Estado constitucional. En este respecto, la teoría de la integración de Smend mantiene su validez <sup>9</sup>. Los símbolos deben volver visible y obvio lo que ha ocurrido para los ciudadanos de la era actual y deben entregarlo a la «conciencia colectiva» de la posteridad. Con frecuencia nos dicen más acerca del «alma» de un pueblo que muchas normas legales. De esta forma se anunciaron los feriados, se erigieron monumentos, se puso nombre a las calles, se crearon las banderas y su saludo, se entonaron los himnos. Es así como el pueblo se concilia con la historia y encuentra el valor para actuar en el futuro.

En 1990, Polonia volvió a celebrar su aniversario nacional y el día de la Constitución el 3 de mayo, en honor de su primera Constitución de 1791. Al iniciarse el nuevo año en 1990, se le restauró la corona al águila blanca del escudo polaco. El capítulo XIV de la Constitución húngara de 1949/89, revivida y parcialmente corregida,

<sup>7</sup> «(1) En la República de Hungría, los partidos se podrán establecer libremente y funcionar libremente dentro del marco de la constitución y del orden constitucional. (2) Los partidos desempeñarán un papel en la formación y articulación de la voluntad popular. (3) Los partidos no ejercerán directamente ningún poder del Estado. Por consiguiente, ningún órgano del Estado será controlado por partido alguno. A fin de separar al poder partidario del poder estatal, las leyes determinarán qué cargos y puestos oficiales no podrán ser cubiertos por miembros o funcionarios de los partidos.»

<sup>8</sup> Ver los siguientes documentos de P. Häberle: *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987 y *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, 1988.

<sup>9</sup> R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), publicado recientemente en R. Smend *Staatsrechtliche Abhandlungen*, segunda edición, 1968, p. 119 (1970).

que es más bien una solución provisional y de transición, señala la capital y los símbolos nacionales de la República de Hungría y el Art. 75° establece el himno nacional. El 2 de mayo de 1990, el parlamento húngaro aprobó una resolución que reconoce el levantamiento de 1956 como una lucha revolucionaria por la libertad. En el futuro, el aniversario del levantamiento, el 23 de octubre, será feriado nacional <sup>10</sup>.

En el República Federal Checa y Eslovaca, el proyecto de Constitución elaborado por un foro de ciudadanos el 1o. de febrero de 1990, reservó un lugar para la corona real en la cresta nacional (el Art. 154°, párrafo 1, indica: «...en la parte superior del emblema habrá un símbolo de la Corona Real»). El 8 de mayo de 1990, el parlamento de Estonia en Tallinn reincorporó partes de la Constitución de 1938 y votó así por un retorno a la antigua bandera nacional y al antiguo escudo azul, blanco y negro <sup>11</sup>.

No sólo los íconos que hemos mencionado aquí (banderas, escudos y feriados nacionales) tienen poder simbólico. También cabe mencionar los esfuerzos del escritor-presidente Havel de República Federal Checa y Eslovaca, y entre ellos sobre todo su discurso en Frankfurt titulado «Una Palabra sobre la Palabra» <sup>12</sup>.

## V. La economía de mercado como meta de las reformas y la analogía que se desprende entre democracia y mercado

*La economía social de mercado es el objetivo principal de las reformas constitucionales que siguen al nuevo comienzo y levantamiento de Europa Oriental*

La economía social de mercado es el objetivo principal de las reformas constitucionales que siguen al nuevo comienzo y levantamiento de Europa Oriental. Los mercados libres de las democracias occidentales y su evidente superioridad en la lucha entre los sistemas capitalista y socialista, es lo que vuelve tan atractivas a las democracias pluralistas de occidente en su conjunto.

Los documentos constitucionales publicados hasta la fecha son bastante explícitos en este punto: algunos inclusive citan a la economía (social) de mercado como principio estructural. Así, por ejemplo, la antigua/nueva Constitución húngara de 1949/1989 declara en su preámbulo:

«Promover la transición política y pacífica a un Estado constitucional en el cual se pueda realizar un sistema multipartidario, la democracia parlamentaria y la economía social de mercado ....»

De un lado, la Constitución económica incluye el derecho universal «a formar una asociación con otros para salvaguardar sus intereses económicos y sociales» (Sección 70 C), la garantía de propiedad (Sección 13) y el derecho de sucesión (Sección 14),

<sup>10</sup> Citado en el *Neue Züricher Zeitung* (NZZ), 3 de mayo de 1990, p. 3.

<sup>11</sup> NZZ, 10 de mayo de 1990, p. 3. También es notable la proclamación de un «Día de la Libertad Báltica» por el presidente Bush el 14 de junio de 1990 (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* [FAZ], 16 de junio de 1990, p. 1). Esto le añade una nueva variación al feriado como elemento específico del estado constitucional.

<sup>12</sup> Citado en FAZ, 16 de octubre de 1989, p. 13 y siguientes.

pero de otro lado también incluye los derechos sociales y de los trabajadores (tales como el derecho al empleo, el derecho a la seguridad social y el derecho a la huelga en la Sección 70 B, C y E).

Si recordamos que algunas constituciones occidentales más recientes (como la de España y Perú) han incorporado la economía (social) de mercado en su programa de reformas constitucionales, pero también disponen un amortiguador social bajo la forma de una ley laboral constitucional y un sistema de seguridad social, esto entonces también constituye un ejemplo de cuánto se está aproximando Europa Oriental al nivel de desarrollo de las democracias occidentales. La economía social de mercado es invocada frecuentemente como el «tercer sendero» entre capitalismo y socialismo (*Schlecht*) –siempre y cuando no se le permita a la economía sola deformarse y convertirse en un fin en sí misma y más bien se le vea como un medio al servicio de la sociedad. En este contexto cabe al menos mencionar la demanda de que la economía social de mercado se comprometa con los principios ecológicos. Todos los documentos constitucionales de Europa Oriental se comprometen con la protección ambiental en una gran variedad de formas y todos ellos piensan en términos de las futuras generaciones <sup>13</sup>.

Aquí cabe añadir algunas palabras sobre la interrelación entre mercado, libertad y democracia. Esta interrelación existe y sin duda ha sido confirmada por el levantamiento de Europa Oriental. Los «ciudadanos de una democracia» también deben ser los ciudadanos de un mercado» si van a ser los sujetos definidos por la tradición de los derechos humanos. El complemento de la sociedad abierta (Popper) es la apertura y libertad de los mercados. Es evidente que el Estado constitucional debe reaccionar a los procesos de concentración del poder económico (por ejemplo, a través de leyes monopólicas) al igual que intenta prevenir el mal uso del poder político (por ejemplo a través de la separación de poderes). Cabe señalar que la teoría política todavía tiene un largo camino que recorrer antes que pueda delinear esta armonía entre la democracia liberal y el orden económico abierto. Esta definición tendría que tener en cuenta que el mercado no debe ser «*bellum omnium contra omnes*», así como el hecho de que nuestro estado Constitucional liberal no siga los pasos de Hobbes sino de Locke. En el Estado Constitucional, el estado natural de los asuntos se ha vuelto humano por la cultura, la responsabilidad, la ética económica, la ética civil general y una abundancia de circunstancias legales. Sólo de esta forma es posible, por ejemplo, disipar los «temores» de los ciudadanos de Alemania Oriental respecto a la economía de mercado. Sólo entonces podremos (como lo hizo recientemente el Ministro Horn de Relaciones Exteriores de Hungría) hablar de la «universalidad de la economía social de mercado» en la misma forma que podríamos hablar de la universalidad de la idea de los derechos humanos y la democracia.

Entonces, ¿de qué manera ve el «mercado» la filosofía política y legal? Esta visión será coloreada con las teorías de la justicia que van desde Aristóteles hasta Rawls y con las doctrinas del contrato social que comenzaron con Hobbes. ¿Cómo debe verse

<sup>13</sup> Ver Sección 18 de la constitución húngara de 1949/89 («el derecho de todos a un medio ambiente sano»), Sección 9, párrafo 5 de la constitución redactada por el foro de ciudadanos de Checoslovaquia en 1990 («responsabilidad por daños a la naturaleza, al medio ambiente y a la salud humana») y la Sección 12, párrafo 3 de ésta última (protección ambiental como objetivo educativo).

una teoría constitucional del mercado? Es evidente que el mercado no debe idealizarse como un foro para el «diálogo de valores» (*Fikentscher*) pero tampoco debe satanizarse ni disminuirse moralmente (como «egoísmo puro»).

Esta es una buena razón para interpretar el mercado como la «manifestación económica de la democracia»; en verdad, el trabajo clásico de Böhm en este tema considera al mercado como la forma plebiscitaria óptima de la democracia, como votación diaria, soberanía del consumidor y con la oportunidad de que todo el mundo ejerza su derecho a elegir diariamente. También hay razones históricas para esta analogía entre el mercado y la democracia, puesto que 1776 fue el año en que se publicaron tanto la Declaración de los Derechos de Virginia, como la **Riqueza de las Naciones** de Adam Smith. No cabe duda que el mercado no es ni una esfera «natural» libre del control legal y político, ni un fin en sí mismo. Existe para servir a la humanidad (espacio para la libertad, creación de prosperidad) y la «mano visible» del derecho (constitucional) (*Mestmäcker*) se combina con un proceso inherente de ensayo y error y la «mano invisible» de Smith para asegurar que sea exitoso. Sin embargo, en el Estado constitucional hay amplios sectores de la sociedad a los cuales no tiene acceso el (principio del) mercado, como son las áreas de la cultura y la educación, o las áreas que sólo se orientan al mercado en una forma limitada (como lo son ciertos aspectos centrales de la legislación laboral).

El Papa Juan Pablo II en su encíclica social *Centesimus Annus* (1991) se ha formulado todas estas preguntas en forma más temática. Esta encíclica<sup>14</sup> incorpora las leyes básicas de la «economía libre» como elementos de la teoría social católica: un desafío a la teoría del Estado constitucional para que integre la base, funciones y limitaciones del mercado en su sistema de coordenadas –por ejemplo como la esfera de aglomeración de las libertades constitucionales de todos, pero también de la responsabilidad social del Estado constitucional y del derecho constitucional.

## B. SEGUNDA PARTE

### PROBLEMAS INDIVIDUALES PLANTEADOS POR LAS NUEVAS CONSTITUCIONES Y PROYECTOS DE CONSTITUCION EN EUROPA ORIENTAL - LUZ Y SOMBRA, ENSAYO Y ERROR, INNOVACIONES EXITOSAS Y CARENCIAS DUDOSAS

#### I. Observaciones preliminares

Un recorrido a través de las constituciones escritas que se vienen elaborando o que ya se encuentran vigentes en Europa Oriental es como visitar un enorme taller constitucional. Textos maduros coexisten con elementos insatisfactorios, la recepción literal de constituciones «occidentales» escritas con modificaciones exitosas y fructíferas innovaciones. Por ejemplo, coexiste el avance en la esfera de protección de la libertad mediante comisionados respecto a las cláusulas de derechos fundamentales y desarrollo

<sup>14</sup> La Iglesia se está «usando» en formas muy diferentes en cada una de las naciones de Europa Oriental –ver el congreso internacional «La Iglesia en Necesidad» (*FAZ*, 2 de setiembre de 1991, p. 4). En el caso de CSFR ver el artículo del Arzobispo Vlk: «*Der Wiederaufbau der Kirche ist Afugabe einer Generatino*» (*FAZ*, 21 de diciembre de 1991, p. 5).



de los derechos fundamentales (hay una solución creativa en el Art. 42º del proyecto de Constitución de Estonia), con muchos rasgos regresivos que pueden, por ejemplo, ser incluidos bajo el título de nacionalismo intensificado (con poco sentido de estructuras regionales, para no mencionar las federales, protección sólo superficial de las minorías y la predominancia de la filosofía de la unidad nacional, sin objetivos educativos como la tolerancia). En la Europa Oriental de hoy se vinculan los siguientes factores: los requerimientos constitucionales típicos post-comunistas tales como las cláusulas de pluralismo en respuesta al vencido sistema totalitario, énfasis en el principio constitucional del *status negativus* de los derechos fundamentales (como los describe Jellinek) con relativamente pocas metas estatales, mandatos constitucionales o estructuras participatorias como derecho fundamental, la extensión de la jurisdicción constitucional y un refuerzo general del tercer poder, cláusulas que garanticen la sustancia y significado o que promulguen la inadmisibilidad de enmiendas (similares al Art. 19º, párrafo 2, y el Art. 79º, párrafo 3 del Derecho Fundamental Alemán). En suma, se confirma el hecho de que se ha establecido una comunidad mundial de producción y recepción constitucional, que el derecho comparativo se está utilizando ampliamente para preparar el trabajo constitucional —en forma paralela a su rol como «quinto método de interpretación»— y ese análisis textual constituye un método sumamente fructífero (relacionado con el paradigma de la metamorfosis de Goethe). Las nuevas constituciones escritas de Europa Oriental no sólo adoptan pasajes escritos de constituciones más antiguas y más recientes (incluyendo las de países en vías de desarrollo y estados menores), las declaraciones universales y regionales de los derechos humanos y los documentos del Consejo Consultivo Económico y Social de la Comunidad Económica Europea (tales como los de Copenhague y París de 1990), sino que también adaptan las enseñanzas, jurisprudencia y realidad constitucional de los «antiguos» estados constitucionales dándoles una nueva forma textual (aunque esto no nos indica cuándo y de qué manera crearán una realidad constitucional que se conforme a estos textos). Esta adaptación de la historia constitucional escrita y no escrita, con su comparación y evaluación de sistemas legales, trae a la luz un impresionante panorama de procesos pan-europeos y atlánticos de enseñanza e intercambio. No es infrecuente que los textos clásicos, tales como los de Montesquieu y Kant, que consideramos como textos constitucionales en un sentido más amplio, se encuentren en textos constitucionales «positivos» en un sentido más estrecho. Europa Oriental también está comenzando a «internalizarlos» constitucionalmente y, desde un punto de vista pan-europeo están emergiendo los límites y contornos de un «Derecho Constitucional Europeo común» en (y desde) Europa Oriental.

A continuación ofreceremos una revisión de los proyectos de Constitución de Europa Oriental, desde los países Bálticos a través de Polonia, Hungría, la República Federal Checa y Eslovaca, los estados sucesores de Yugoslavia y Bulgaria, hasta Albania y Rumania <sup>15</sup>.

<sup>15</sup> En estos textos no es poco común hallar «amistades internacionales» o «relaciones especiales» tradicionales involucradas, ya sea que se basen en la vecindad o la tradición. En ciertos sentidos, por lo tanto, la Constitución rumana (1991) sigue los pasos del derecho constitucional Italiano («Consejo Superior de la Magistratura», Art. 132º f, y elección de un tercio de los jueces constitucionales por el Presidente, Art. 140º, párrafo 2) y de Francia (sistema presidencial, artículos 80º al 100º).

## II. Análisis detallado del movimiento constitucional en Europa Oriental

Trataremos en cuatro etapas el complejo tema de las constituciones escritas que han visto la luz desde 1990:

1. Las constituciones escritas que fueron concebidas como resultado del deseo de un pueblo a distanciarse de su vencido pasado totalitario y que, de alguna manera, son características de la construcción de la Constitución en sociedades post-comunistas.
2. Ejemplos de estructuras constitucionales «clásicas» y textos que están siendo meramente «copiados» en Europa Oriental –evidentemente aquí hay algún tipo de superposición con la primera etapa.
3. Evidencia de la adaptación creativa de Europa Oriental partiendo de los avances constitucionales de Occidente, con elementos creativos que emergen en el proceso de transferencia del Oeste al Este.
4. Carencias, reveses y peligros –tomando al Estado constitucional de Europa Occidental y del Atlántico como medida de referencia.

*Muchas de las constituciones escritas de Europa Oriental enfatizan sobre todo los derechos fundamentales clásicos o la clásica función de protección*

5. En la sección «Máximas para una buena política constitucional» se extraerán algunas conclusiones preliminares.

1. **Ahora quisiera pasar a la primera categoría: las constituciones escritas cuya principal preocupación es apartar del bloque oriental<sup>16</sup> al sistema totalitario recientemente vencido.**

(1) El primer tipo de texto que se encuentra en esta categoría se refiere al principio del imperio de la ley (*status negativus* como dimensión primaria de los derechos fundamentales, derechos judiciales básicos, extensión del tercer poder y de la jurisdicción constitucional, cláusulas que garantizan la sustancia y significado y cláusulas que promulgan la inadmisibilidad de enmiendas), mientras que el segundo tipo se ocupa de las garantías del pluralismo.

El principio del imperio de la ley figura como tal en el Art. 1º del proyecto de Constitución del (Sejm) de Polonia de 1991 («Estado de derecho democrático») y en el preámbulo y en el Art. 4º de la Constitución de Bulgaria (12 de julio de 1991: «*Etat de droit*»). Junto con el respeto a los derechos humanos, la Constitución croata de 1991 nombra a «*le regne du droit*» como uno de los valores fundamentales de la Constitución

<sup>16</sup> Los valores básicos del estado constitucional se encuentran desde el comienzo en los textos constitucionales de las CIS emergentes. En la carta de fundación de Minsk del 8 de diciembre de 1991, por ejemplo, leemos lo siguiente (citado en FAZ, 10 de diciembre de 1991): «Se esforzarán por establecer estados democráticos constitucionales ... Los partidos ... se comprometen a observar las normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional y a garantizar a sus ciudadanos igualdad de derechos y libertades, independientemente de su nacionalidad ....»

(ver también el Art. 5º, párrafo 2: «*regime du droit*»). La Constitución de la república húngara (1949/89)<sup>17</sup> habla en su preámbulo de la transición a un «estado constitucional que llevará a la práctica un sistema multipartidario, democracia parlamentaria<sup>18</sup> y la economía social de mercado». El proyecto de Constitución de 1991 de Rusia se compromete a la «primacía de la ley» (Art. 9º) y la «economía social de mercado» (Art. 5º).

Muchas de las constituciones escritas de Europa Oriental enfatizan sobre todo los derechos fundamentales clásicos o la clásica función de protección. Esto se puede ver en el proyecto de Constitución del Sejm Polaco (1991: artículos 12º al 34º) y del Senado Polaco (1991: artículos 10º al 38º), en el derecho básico provisional de Lituania de 1990 (artículos 18º al 43º) y, sobre todo, en el proyecto de Constitución de Estonia, de diciembre de 1991 (artículos 9º al 45º). En su declaración de independencia del 15 de junio de 1991, Eslovenia se compromete con los «derechos humanos y libertades civiles» (Nº V) mientras que Croacia brinda una lista particularmente detallada de los derechos humanos y civiles (artículos 14º al 69º de la Constitución de 1991). En ciertos derechos sociales básicos o estructuras de participación cultural, sin embargo, no constituyen el tema de mayor preocupación. En todo caso, aquellas secciones de estas constituciones que se ocupan de los derechos fundamentales no incluyen las definiciones centrales de los objetivos del Estado que caracterizan, por ejemplo, a ciertos proyectos de Constitución de Alemania Oriental (cf el proyecto de Constitución de Brandenburgo en diciembre de 1991, especialmente el Art. 2º: «Capítulo 2: Derechos Fundamentales y Objetivos del Estado») y las constituciones cantonales de Suiza (por ejemplo, la Región de Basilea, Sección 6: «Deberes del Estado»).

Hay dos razones probables para esta actitud de relativa reserva hacia los derechos sociales fundamentales y las definiciones de los objetivos estatales: la primera es la experiencia habida con constituciones socialistas, que utilizaron sus objetivos estatales socialistas para pisotear las libertades fundamentales; y la segunda es que los nuevos estados constitucionales de Europa Oriental no podrían salir adelante con la carga económica que implicaría prometerle a sus ciudadanos abundantes derechos participatorios. La situación económica es tal que los derechos fundamentales primero tienen que otorgarse antes que se puedan «compartir» posteriormente en una forma socialmente responsable los frutos que hayan crecido en un clima de libertad. Desde este punto de vista, los textos constitucionales de Europa Oriental no son tan adelantados como el canon de objetivos estatales que se puede hallar en muchos países occidentales, pero desde el punto de vista de política constitucional es paso inteligente, considerando que los países de Europa Oriental aún se encuentran en su infancia (hay una relativa falta de simultaneidad entre los avances constitucionales del Este y los del Oeste). Mientras tanto, el Art. 6º del proyecto de Constitución rusa ha formulado la norma del «estado social basado en el imperio de la ley».

<sup>17</sup> Citado en JÓR 39 (1990), p. 258 y siguientes.

<sup>18</sup> La constitución de Macedonia (1991) proclama a la República de Macedonia como un «Estado soberano, independiente, democrático y social» (citado en FAZ, 23 de noviembre de 1991, p. 2).

Es particularmente impresionante <sup>19</sup> la extensión del tercer poder como una fuerza independiente en la sociedad, reforzada por derechos judiciales básicos y detallados (por ejemplo el Art. 33º, párrafo 2 y el Art. 122º de la Constitución de Lituania: presunción de inocencia; los artículos 18º, 19º y 22º al 31º de la Constitución croata; los Art. 8º y 36º al 40º de la Carta de Derechos Fundamentales de Checoslovaquia).

Las cláusulas que garantizan la «sustancia y significado» de los derechos fundamentales constituyen una reacción al pasado comunista y toman como modelo el Art. 19º, párrafo 2 del Derecho Fundamental Alemán (o al menos tienen afinidad con él). Se pueden hallar otros ejemplos similares en el Art. 18º, párrafo 3 del proyecto de Constitución (Sejm) de Polonia («La parte esencial de la libertad y del derecho constitucional no será violada») y en el Art. 49º, párrafo 2 del proyecto de Constitución de Rumania<sup>20</sup>. Aquí también se puede incluir las cláusulas que promulgan la inadmisibilidad de enmiendas que toman como modelo a textos «clásicos» tales como el Art. 114º de la Constitución de Noruega o el Artículo 79º, párrafo 3 del Derecho Fundamental Alemán<sup>21</sup>. En Rumania se encuentran ejemplos de esto. Sin embargo, su Constitución excluye no sólo el carácter «*national, indépendant, unitaire et indivisible*» del Estado rumano de la posibilidad de enmienda señalado en el Art. 148º, no sólo la forma republicana de gobierno, la integridad territorial, la independencia de los tribunales, el pluralismo político y los derechos fundamentales, sino también y en forma muy dudosa, la determinación del idioma rumano oficial. Tanto la garantía de «sustancia y significado» como la protección de la identidad del Estado constitucional requieren jurisdicción constitucional —y, con bastante frecuencia, esto se declara entonces solemnemente <sup>22</sup>.

(2) Las garantías de pluralismo (algunas de ellas novedosas son una contribución positiva:

El Art. 3º de la Constitución croata, por ejemplo, que trata de los valores fundamentales, pone en lista al «*systeme démocratique pluraliste*» junto con la libertad, igualdad, justicia social, la inviolabilidad de la propiedad, la protección de la naturaleza y del medio ambiente y el imperio de la ley. El Art. 11º, párrafo 1 de la Constitución de Bulgaria señala lo siguiente:

**«La vie politique en la République de Bulgarie est fondée sur les principes du pluralisme politique»** (ver también el proyecto de Constitución de Rusia, de 1991).

<sup>19</sup> Ver artículos 115º al 121º de la Constitución de Croacia así como los artículos 122º al 127º (que tratan de la jurisdicción constitucional); artículos 106º al 120º del proyecto de constitución del Senado de Polonia («el poder judicial»), así como los artículos 146º al 153º (jurisdicción constitucional).

<sup>20</sup> «La restriction doit être proportionnelle à la situation l'ayant déterminée et ne peut pas porter atteinte à l'existence du droit ou de la liberté» [La restricción debe ser proporcional a la situación que la haya determinado y no puede alcanzar a la existencia del derecho o de la libertad]; el artículo 4º, párrafo 4 de la carta de derechos fundamentales de Checoslovaquia de 1991 señala: «Cuando se apliquen las disposiciones sobre los límites de los derechos fundamentales y las libertades, se respetarán la sustancia y significado de estos derechos y libertades» (*Europäische Grundrechtszeitschrift [EuGRZ]* 1991, p. 397 y siguientes).

<sup>21</sup> Ver P. Häberle, «Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identität als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien», *Festschrift für Hans Haug* (Estudios en honor de Hans Haug), 1986, p.81 y siguientes.

<sup>22</sup> Ver artículos 140º al 145º de la Constitución rumana y los artículos 147º al 152º de la Constitución Búlgara.

Una garantía indirecta de pluralismo se encuentra en una norma como el Art. 5º del derecho fundamental provisional de Lituania (marzo de 1990) que permite que los «partidos, organizaciones públicas y movimientos públicos» tengan libertad de operar «dentro de los límites del Derecho Fundamental Provisional»<sup>23</sup>.

Cuando se determinan las características fundamentales de la Constitución con frecuencia se encuentran normas simbólicas clásicas tales como el idioma oficial, la bandera nacional, la capital, etc.<sup>24</sup>. Aquí también se encuentran normas democráticas (ver por ejemplo, los artículos 1º y 2º de la Constitución de Serbia de 1990, o el Artículo 2º de la Constitución de Rumania) mientras que en la parte organizativa de la Constitución se encuentran órganos clásicos tales como el parlamento y el gobierno (artículos 73º y siguientes; y 50º y siguientes de la Constitución de Serbia; los artículos 58º y siguientes y 101º y siguientes de la Constitución de Rumania), ocasionalmente hay dos cámaras (Rumania y los proyectos de Constitución del Sejm y del Senado Polaco) y presidentes relativamente fuertes (Bulgaria, Rumania, Polonia).

Hay –y esta es una modificación– listas detalladas de las obligaciones de los órganos individuales, tales como el parlamento y el gobierno. Posiblemente son un «equivalente funcional» para los objetivos estatales que por lo demás sólo se señalan en forma renuente en aquellas partes de la Constitución que determinan características fundamentales<sup>25</sup>. Los deberes del gobierno se parafrasean en detalle (por ejemplo, en el Art. 90º de la Constitución de Serbia, Art. 100º del proyecto de Constitución del Sejm o el artículo 79 del proyecto de Constitución de Estonia).

He usado aquí deliberadamente el término «elementos constitucionales clásicos». Con ello me refiero al canon de forma y contenido que ha desarrollado el estado constitucional típico durante su largo proceso de evolución. Al «ponerse al día» con estos avances, Europa Oriental los reconoce y los refuerza. En un sentido más amplio, se alinea con la comunidad de constituciones y valores occidentales, y así como ciertas doctrinas e ideas de grandes pensadores –tales como los Documentos Federalistas, Locke y Montesquieu– son citas<sup>26</sup> clásicas, de igual forma ciertas tradiciones de la cultura constitucional escrita pueden reclamarse con justicia como «clásicas».

<sup>23</sup> El Artículo 11º, párrafo 4 de la constitución de Bulgaria es cuestionable: «*Ne peuvent être constitués des partis sur des principes ethniques, raciaux ou religieux, ainsi que des partis qui s'assignent pour but de s'emparer par la force du pouvoir de l'Etat*» [No se puede constituir partidos en base a principios étnicos, raciales o religiosos, ni partidos que se fijan como objetivo apoderarse del poder del Estado por la fuerza]. Como resultado de ello, las minorías étnicas y de otro tipo estarían bajo presión.

<sup>24</sup> Algunos ejemplos son: los artículos 9º al 12º de la Constitución provisional de Lituania, los artículos 7º y 8º del proyecto de Constitución de Estonia, los artículos 12º al 14º de la Constitución de Rumania, las secciones 74 al 76 de la Constitución de Hungría (1949/89). La Constitución de Bulgaria las reúne en una sección separada al final (artículos 164º al 169º).

<sup>25</sup> Por ejemplo, Rumania hace una lista meticulosa de «categorías legales» en el Artículo 72º. Los artículos 50º y 51º del proyecto de constitución del senado de Polonia proceden de manera similar, mientras que el Artículo 78º del derecho fundamental provisional de Lituania da una lista de tareas del parlamento en 22 acápite.

<sup>26</sup> Ver las premisas y manifestaciones en mi *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

## 2. Elementos clásicos de la Constitución –su recepción en Europa Oriental

El análisis anterior por sí solo evidencia en qué medida las nuevas constituciones siguen el paso de los ejemplos occidentales. Su estructura predominante es la división en tres partes, con un preámbulo y/o determinación general de principios, derechos fundamentales y organización (en los casos necesarios con disposiciones de transición y de conclusión). La estructura de los preámbulos es sorprendente. La mayoría de proyectos de Constitución y de constituciones finales tienen preámbulos y, junto con el proyecto de Constitución de Rusia, el preámbulo del proyecto del Senado polaco es particularmente suscita:

*«Au nom de Dieu Tout-Puissant. Nous, Nation Polonaise, conscients de notre histoire plus que millénaire et attachée au patrimoine chrétien, –la tradition glorieuse de la Constitution du 3 Mai, –la vaillance et de la persévérance des générations des polonais luttant pour l'indépendance, –l'elan du mouvement pacifique de Solidarité frayant les voies à la communauté des Etats souverains, soucieux de construire la République forte par l'amour et le travail de ces citoyens, sous la protection des lois par eux instituées, nous traduisons notre liberté reconquise sur les pages de la constitution ... suit ...»*

Sólo algunas constituciones carecen de preámbulo (el proyecto de Constitución del Sejm polaco, el derecho fundamental provisional de Lituania y la Constitución de Rumania).

El preámbulo del proyecto de Constitución de Estonia (1991) cita la declaración del derecho a la autodeterminación democrática de 1918, «justicia, derecho y libertad» y expresa la intención de asegurar el progreso social y la prosperidad general para la generación actual y las venideras. El preámbulo al proyecto de Constitución rusa también habla en nombre de las generaciones futuras.

Estos preámbulos siguen el patrón constitucional tradicional. Al igual que en las constituciones tradicionales, tienen tres funciones: primero –un lenguaje solemne y emotivo para ayudar a integrar a los ciudadanos (comparable con el prólogo a una obra de teatro o el preludio u obertura en música)<sup>27</sup>; segundo– una recapitulación de la historia del Estado o nación y un resumen del contenido esencial de la Constitución («la Constitución dentro de la Constitución»); tercero –un esquema de las esperanzas futuras, objetivos e incluso los deseos de un pueblo. Son característicos los compromisos con un principio clásico de soberanía popular (por ejemplo, el Artículo 2º del proyecto de Constitución del Sejm polaco, el Artículo 1º, párrafo 1 del proyecto de Constitución de Estonia, el Artículo 2 de la Constitución de Serbia), aunque también aquí se encuentran modificaciones (por ejemplo, el Artículo 3º, párrafo 1 del proyecto de Constitución del Senado polaco: «*tout pouvoir émane de la Nation constituée par la communauté des citoyens polonais*» y el Artículo 1º del derecho fundamental provisional de Lituania «... expresando la voluntad general y los intereses del pueblo de Lituania»).

<sup>27</sup> Hay un debate sobre este tema en mi discurso inaugural en Bayreuth, «*Präabeln im Text und Kontext von Verfassungen*», *Estudios en Honor de Broermann*, 1982, p. 211 y siguientes.

De manera similar, aquellas partes de las nuevas constituciones que tratan de derechos fundamentales generalmente toman como modelo ejemplos bien conocidos (por ejemplo, el Artículo 15º y siguientes de la Constitución Rumana, la parte 2 del proyecto de Constitución de Albania, el capítulo 2 de la Constitución Búlgara)<sup>28</sup>.

Otros temas clásicos son las garantías para la dignidad humana, incluidas frecuentemente pero no siempre, en una introducción (por ejemplo, el Artículo 1º, párrafo 2 del proyecto de Constitución del senado polaco; el Artículo 12º, párrafo 1 del proyecto de Constitución del Sejm polaco; el artículo 1, párrafo 3 de la Constitución rumana) y otros derechos fundamentales clásicos tales como la libertad de expresión y garantías a la propiedad (por ejemplo, la sección 61, 13 de la Constitución húngara de 1949/89). El término «clásico» no debe interpretarse como un canon cerrado; estos elementos están abiertos al cambio, y no son un «bloque» que vague de Constitución en Constitución, y se pueden integrar nuevos elementos y formas a través del tiempo, mientras que los elementos más antiguos se desvanecen o se olvidan. Lo que alguna vez fuera una innovación audaz, como la constitucionalización de los partidos políticos (desde el Artículo 49º de la Constitución italiana de 1947 y la sección IX de la Constitución de 1947 de Baden) hoy se da por supuesta y como uno de estos elementos clásicos a que hacíamos referencia en las constituciones escritas (por ejemplo, la sección 3, subsecciones 1 y 2 de la Constitución húngara de 1949/89). Un destino similar parece tener el establecimiento del rol de la oposición: formulado en una etapa temprana por el tribunal constitucional de Alemania Federal [cf *Entscheidungssammlung* 2, 1 (13)], aparentemente fue adoptado por primera vez como norma en el Artículo 23a. de la Constitución de Hamburgo, y muchas constituciones de los estados federales de Alemania Oriental vienen siguiendo este ejemplo<sup>29</sup>.

### 3. Innovaciones creativas en las constituciones de Europa Oriental

Hasta el momento, este estudio se ha concentrado en la forma en que las ideas constitucionales han encontrado su camino de Occidente a Oriente. A continuación señalaré los temas y formas textuales que son claramente, o al menos potencialmente, nuevos.

(1) Primero, la constitucionalización de fuentes legales es una innovación que se encuentra en las constituciones escritas de Europa Oriental. Reconocemos que algunos

<sup>28</sup> La Declaración de los Derechos y Libertades del Hombre proclamada por el Congreso de Diputados del Pueblo el 5 de setiembre de 1991 sigue los pasos de las clásicas declaraciones de derechos humanos (citado en *Europäische Grundrechts-Zeitschrift (EuGRZ)* 1991, p. 433 y siguientes). Sin embargo, hay avances mayores que vale la pena señalar, tales como el Artículo 4º (derecho a usar su lengua materna) y el Artículo 12 (2): «todo hombre tiene derecho a recibir información completa y correcta acerca del estado en que se encuentran los asuntos de todas las áreas de gobierno, la vida económica, social e internacional, así como cuestiones de derechos, intereses legales y obligaciones. La publicación de leyes y otros actos normativos constituye una condición obligatoria para su aplicación.» Este último artículo es una reacción contra las prácticas secretas del vencido Estado totalitario.

<sup>29</sup> Ver P. Häberle, *JÖR* 40 (1991/92), p. 291 (343). Comparar también el Artículo 9º del párrafo 2 de la Declaración de Derechos y Libertades del Hombre, proclamada por el Congreso de Diputados del Pueblo de URSS (citada en *EuGRZ* 1991, p. 433 y siguientes): «Los derechos, libertades y dignidad de las personas que forman una minoría de oposición en partidos políticos, organizaciones sociales, movimientos de masas e instituciones representativas del poder del Estado, serán garantizados por la ley.»

Estados menores y países en vías de desarrollo han incluido como temas de sus textos constitucionales <sup>30</sup> el problema de las fuentes legales, y en este sentido Europa Oriental sólo está reproduciendo un avance de países de ultramar. Lo que solía darse por supuesto como un ítem de la cultura legal «no escrita» y como una práctica incuestionable, ahora se viene señalando por escrito. Esto tiene su explicación, puesto que, al igual que ocurre con todo Estado totalitario (por ejemplo, el mando del *Führer* nazi como la fuente legal más alta), el «centralismo democrático» de los estados socialistas dejaron a un lado la «jerarquía» del sistema legal de práctica común en Europa. Sin embargo, esta jerarquía es un elemento constitutivo del Estado constitucional, con sus características tales como la primacía de la Constitución <sup>31</sup>, la disposición del derecho democrático y la autoridad de la jurisdicción constitucional. Esto debe ahora «re-aprenderse» y «re-entrenarse» y es por esta razón que esta jerarquía de fuentes legales se hace explícita. En este sentido, el proyecto de Constitución del Senado polaco (1991) es particularmente exhaustivo. Incluye un capítulo separado «*Les Sources de la Loi*» en la Constitución (con 11 artículos: los artículos 48° al 58°), y comienza en el Artículo 48°, párrafo 1, al determinar lo siguiente:

*La autoridad  
constituyente deja  
abierto el posterior  
desarrollo de los  
derechos  
fundamentales más  
allá del texto escrito*

*«Les sources de la loi de la République Polonaise sont: La Constitution de la République Polonaise, les lois organiques, les lois, les décrets et arrêtés du pouvoir exécutif, les normes du droit local ainsi que les accords internationaux et les normes coutumières du droit international dans les limites indiquées para la Constitution.»*

El Artículo 48°, párrafo 3 es aún más preciso:

*«Aucune disposition légale de niveau inférieure ne peut pas être contradictoire à la norme hiérarchiquement supérieure.»*

En gran medida es materia de debate si es bueno para el Estado constitucional señalar tan explícitamente los problemas de fuentes legales como lo hace el proyecto de Constitución del senado polaco. Es evidente que de ello surgirán muchos problemas y preguntas adicionales y que se requerirá el mandato constitucional, y esto amenaza con sobrecargar la carta constitucional <sup>32</sup>.

(2) «Cláusulas de desarrollo de los derechos fundamentales».

El proyecto de Constitución de Estonia, de diciembre de 1991, promulga un cierto Artículo 42°, que, desde el punto de vista internacional, constituye probablemente la mejor solución para la problemática que trata. El Artículo 42° dice:

<sup>30</sup> Esto se describe en el estudio de P. Häberle «*Kleinstaaaten als Variante des Verfassungsstaates*», publicado en su obra *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992

<sup>31</sup> Ver la primacía de la Constitución en el Artículo 87° de la Constitución peruana (1979) y el Artículo 175° de la Constitución de Guatemala (1985).

<sup>32</sup> Por ejemplo, el Artículo 51°, párrafo 3 del proyecto de constitución del senado polaco: «*Le fait que la Constitution indique la matière réservée à une loi ne veut pas dire que d'autres matières sont exclues de la réglementation par une loi*» [El hecho de que la Constitución indique los asuntos reservados a una ley no quiere decir que otros asuntos sean excluidos de la reglamentación por una ley].



«Los derechos, libertades y deberes del presente capítulo no impedirán otros derechos, libertades y deberes que se encuentran en el espíritu de la Constitución o en concordancia con la misma.»

Este es un excelente ejemplo de una «cláusula de desarrollo de derechos fundamentales» bien redactada. Vale decir que la autoridad constituyente deja abierto el posterior desarrollo de los derechos fundamentales más allá del texto escrito, dando prioridad a este desarrollo en forma de un «derecho constitucional en acción». En virtud del Artículo 42° del proyecto de Constitución de Estonia, la creación de derechos fundamentales, que a menudo se teje laboriosa y artificialmente en los textos sobre derechos fundamentales de otras constituciones, se puede desarrollar con mayor libertad, en forma más abierta y más honesta. La referencia al «espíritu de la Constitución» es un golpe maestro, que otorga autoridad y alcance para el futuro desarrollo de derechos fundamentales. El artículo mismo se refiere a los tres poderes del Estado, no sólo a la jurisprudencia. La frase «espíritu de la Constitución» —que se parece mucho al «espíritu de las leyes: de Montesquieu— vincula de manera excelente a los elementos de conservación y abertura, estasis y dinamismo. El «espíritu de la Constitución» se refiere en primer lugar a la Constitución particular que se encuentra en vigencia, pero ese espíritu no sólo observa la letra de la Constitución. Y si bien no «se confunde a voluntad» sigue siendo lo que Goethe o Heller describen como la «forma acabada que el ser en crecimiento adoptará». Es más, la cláusula de «o en concordancia con la misma» trae consigo un elemento adicional de flexibilidad. Con esa sola frase, esta cláusula ha puesto a Estonia a la vanguardia del desarrollo textual. El trabajo preliminar para esta cláusula fue realizado por dos países en vías de desarrollo.

El Artículo 4° de la Constitución del Perú (1979)<sup>33</sup> dice:

*«Los derechos reconocidos que figuran en este capítulo no excluirán otros derechos garantizados por la Constitución, ni otros derechos comparables o aquellos derivados de la dignidad humana, el principio de soberanía popular, el estado constitucional social y democrático y la forma republicana de gobierno.»*

El Artículo 44° de la Constitución de Guatemala (1985) formula la siguiente variante sobre este tema<sup>34</sup>:

*«Los derechos humanos garantizados en esta Constitución no excluyen a otros que, aunque no se encuentren expresamente nombrados en esta Constitución, son naturalmente inherentes a la persona humana.»*

Desde el punto de vista formal, el Artículo 42° del proyecto de Constitución de Estonia es una «regla para la interpretación»; en su contexto está evolucionando hacia una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales para los tres poderes del Estado, como conviene a un Estado constitucional moderno<sup>35</sup>. Posiblemente pueda

<sup>33</sup> Citado en JÖR 36 (1987) p. 641 y siguientes.

<sup>34</sup> Citado en JÖR 36 (1987) p. 555 y siguientes.

<sup>35</sup> Las reglas de interpretación ya se encuentran en los pactos sobre los derechos humanos universales. Ver Artículo 30° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Artículo 46° de *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte* (IP BürgerR) (1966), artículo 25 e3 *Internationaler Pakt über*

considerarse como una continuación tardía de la Novena Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, cuyo significado apenas ha sido agotado en la era actual <sup>36</sup>:

«La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará como una negación o menosprecia otros que el pueblo ejerza».

De esta manera tenemos una línea que se extiende desde Estados Unidos, a través de Perú y Guatemala como intermediarios, hasta Estonia. ¿Qué mejor imagen podría haber de la relación mundial entre producción y recepción? ¿Qué otro procedimiento podría ilustrar mejor el paradigma del nivel de desarrollo textual?

(3) Comisionados de Derechos Fundamentales (Ombudsmen o Fiscales defensores del Pueblo)

La institución de los fiscales defensores del pueblo, que está avanzando a nivel internacional, ha recibido un impulso considerable. Casi todas las constituciones de Europa Oriental incluyen a un ombudsmen o fiscal. Se podría suponer que un fiscal para los derechos fundamentales en Europa Oriental es particularmente adecuado para el establecimiento de una «cultura de derechos fundamentales», puesto que actualmente todo se encuentra aún en su etapa inicial. Posteriormente, tal vez, Europa Oriental también se podrá permitir los mismos lujos que los estados constitucionales de Occidente, con sus complicados mecanismos judiciales para proteger los derechos fundamentales. Por el momento el ciudadano de Europa Oriental se encuentra mejor servido por una instancia «informal» junto a la jurisdicción constitucional <sup>37</sup>.

El proyecto de Constitución del Sejm de Polonia (1991) le otorga al Ombudsman poderes particularmente variados (artículos 116° al 123°). En los casos de violación de los derechos civiles, incluso puede intervenir con un acto de legislación (Artículo 199°), e inclusive se le involucra en el proceso legislativo de una manera novedosa:

«El Ombudsman transmitirá a las autoridades legislativas pertinentes, sus comentarios acerca de la situación de la legislación, especialmente sobre los vacíos que ésta tenga y que impidan el pleno cumplimiento de los derechos civiles».

(4) Otros

Finalmente, quisiera presentar una lista de algunas características positivas y muy variadas para mostrar que los autores de las constituciones de Europa Oriental han presentado soluciones novedosas para una gran variedad de problemas. Estas innovaciones merecen ser tomadas con seriedad por los académicos de los antiguos estados constitucionales de Occidente.

Una lista de ejemplos, que de ninguna manera es exhaustiva, incluye los siguientes grupos de normas:

---

*wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (IP WirtR) (1966) y los artículos 16 al 18 de *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK) (1950).

<sup>36</sup> Sin embargo, ver S. Hutter, *Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht*, 1989, p. 224 y siguientes, y mi revisión en *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVB1) 1990, p. 1007 (1008).

<sup>37</sup> Ver L. Garlicki, «*Vier Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen*», *JÖR* 39 (1990), p. 285 y siguientes.

- el compromiso con los «valores universales» de *equité et tolérance* (en el preámbulo de la Constitución de Bulgaria).
- la mención de la «armonía multinacional» y la «creencia en el bien» en el preámbulo del proyecto de Constitución de Rusia.
- el compromiso expreso de procesos judiciales para el establecimiento de la verdad (Artículo 121º, párrafo 2 de la Constitución de Bulgaria: «*La procédure assure l'établissement de la vérité*»).
- la cláusula de la veracidad científica en la sección 70 G, párrafo 2 de la Constitución húngara (1949/89): cuando haya interrogantes sobre la veracidad científica y cuando tenga que evaluarse los resultados de investigaciones científicas, el dictamen se reservará exclusivamente a los eruditos en dicha ciencia».
- la cláusula de recursos, evocativa de cláusulas similares en países en vías de desarrollo y estados menores (por ejemplo, la sección 18 de la Constitución de Bulgaria, el Artículo 52º de la Constitución croata, el Artículo 135º, párrafo 4 de la Constitución de Rumania, el Artículo 60º de la Constitución serbia).
- protección al minusválido (por ejemplo, el Artículo 57º, párrafo 1 de la Constitución croata, el Artículo 29º de la Carta de derechos fundamentales de Checoslovaquia, el Artículo 46º de la Constitución rumana).
- el principio de una profesión legal independiente (cf artículo 27 de la Constitución croata: «*L'ordre des avocats, en tant que service autonome indépendant, assure l'assistance légale aux citoyens, en accord avec la loi*»).
- el reconocimiento realista y honesto de la función de control de la Corte Suprema (sección 47 de la Constitución húngara de 1949/89: «Incumbe a la Suprema Corte de la República de Hungría brindar orientación en asuntos de principio a los jueces y la jurisdicción de los tribunales»).
- el enlace integral de las disposiciones que rigen los derechos fundamentales con la competencia democrática (cf Artículo 22º de la Carta de Derechos Fundamentales de Checoslovaquia: «Tanto las disposiciones legales que rigen todos los derechos políticos y libertades, como su interpretación y su aplicación facultarán y protegerán la libre competencia entre las fuerzas políticas de una sociedad democrática»).
- la ratificación textual del sistema multipartidario (especialmente Eslovenia: Declaración del 6 de diciembre de 1990 y la Declaración de Independencia del 23 de diciembre de 1990).
- el principio de la separación entre partido y Estado (cf Artículo 20º, párrafo 4 de la carta de Derechos Fundamentales de Checoslovaquia: «Los partidos políticos y movimientos políticos, así como otras asociaciones están separadas del Estado») <sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Es posible que la sección 3, párrafo 3 de la Constitución húngara (1949/89) sirviera de inspiración para esta característica. Dice: «Los partidos no ejercerán directamente ningún poder del Estado. Por consiguiente, ningún órgano del estado será controlado por partido alguno ...».

- compromiso con la economía de mercado (cf Artículo 134° de la Constitución Rumana: «*L'économie de la Roumanie est économie de marché*» y el Artículo 5° del proyecto de Constitución de Rusia) «economía social de mercado»).
- normas para la selección de candidatos al parlamento (primarios, cf Artículo 71° del derecho fundamental provisional de Lituania)<sup>39</sup>.

#### 4. Carencias, reveses y peligros

Si bien la siguiente sección presenta «argumentos en contra» y es de tono más crítico, no se debe a que asuma un punto de vista superior. Europa Oriental no puede crear de la noche a la mañana el tipo de Estado constitucional que la comunidad de constituciones y valores occidentales han desarrollado en un período muy largo de tiempo y a través de un cuidadoso proceso de ensayo y error. Es de esperar que las carencias salten a la luz.

(1) No transfieren los poderes soberanos a las instituciones intergubernamentales.

Una de los hechos más sorprendentes es que las constituciones no incluyen cláusulas de ingreso similares a la que contiene el Artículo 24° del Derecho Fundamental Alemán o de normas legales análogas de los 12 estados miembros de la Comunidad Europea. Si bien los estados de Europa Oriental generalmente tienen notables cláusulas de primacía respecto a los derechos humanos y al derecho internacional en general<sup>40</sup>, no disponen ninguna transferencia expresa de poderes soberanos. Esta retención de la soberanía clásica es sorprendente pues ciertos países esperan tarde o temprano unirse a la Comunidad Europea y la idea de una asociación supranacional se sugiere de inmediato en el caso de las Repúblicas Bálticas en particular. En mi opinión, esta actual falta de apertura y atraso respecto al principio guía del «Estado constitucional cooperativo» se puede explicar de la siguiente forma: las naciones de Europa Oriental están felices de haber vuelto a alcanzar su soberanía nacional y su autodeterminación. La idea de perderlos inmediatamente frente a fuerzas supranacionales les resulta –por el momento– una idea extraña<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Una característica aún más nueva es el siguiente elemento en el preámbulo a la Declaración de los Derechos y Libertades del Hombre proclamada por el Congreso de Diputados del Pueblo de la URSS, el 5 de setiembre de 1991 (citada en *EuGRZ* 1991, p. 433 y siguientes): «Los intereses de ningún grupo, partido o Estado recibirán mayor prioridad que los intereses del pueblo». Ver también en la misma declaración, el Artículo 6°, párrafo 2, sección 2: «No habrá ninguna ideología estatal que sea obligatoria para todos los ciudadanos».

<sup>40</sup> Ver el Artículo 11° del proyecto de constitución del Sejm de Polonia y el Artículo 1°, parte II del proyecto de constitución de Albania. Asimismo cabe notar la cláusula de interpretación que figura en el Artículo 19° del proyecto de constitución del Sejm de Polonia («Los derechos y libertades constitucionales no se interpretarán de forma que limiten los derechos humanos que le confiere al individuo el derecho internacional que es válido en Polonia»), el Artículo 113°, párrafo 2 de la Constitución de Estonia («Si las leyes u otros actos de la República de Estonia estuvieran en conflicto con tratados extranjeros ratificados por el Riigikogu, se aplicarán los artículos del tratado extranjero») y el Artículo 134° de la Constitución Croata (1991) («... *et leur force prime sur le lois*» [y su vigencia prima respecto a las leyes (N. de la T.)]

<sup>41</sup> Aun así, el artículo 134 de la Constitución croata se refiere a las «*règles générales du droit international*» [reglas generales del derecho internacional (N. de la T.)].

## (2) Carencias en la protección de las minorías.

Si bien en la escena internacional las naciones de Europa Oriental son retiscentes a renunciar a su soberanía nacional, en el frente interno se encuentran ante un problema más: el de la protección de las minorías<sup>42</sup>. Es cierto que las cláusulas pertinentes sí existen, con una gran variedad que va desde las soluciones cautelosas y relativamente abiertas que propone Estonia (que sin embargo aún no llegan al nivel que tuviera el brillante ejemplo que dio en 1926<sup>43</sup> pasando por Polonia<sup>44</sup> a la protección más bien tortuosa que brinda la Constitución rumana a las minorías (1991), que brinda status eterno al rumano como idioma nacional (Artículo 148º, párrafo 1). Los proyectos de Constitución de Polonia son relativamente favorables a las minorías (como lo son el Artículo 7º, párrafo 2, subsección 3; el Artículo 55º y el Artículo 57º, párrafo 2 del Derecho fundamental Provisional de Lituania) y muy bien pudiera ser que el Tratado Polaco-Alemán de 1991 (con su mención de la función unificadora de las minorías) tuviera un efecto muy positivo en este respecto. La protección de las minorías constituye una expresión de la dignidad humana, de los derechos fundamentales *per se*. La capacidad de reconocer que las minorías contribuyen a la cultura probablemente toma un largo proceso de aprendizaje<sup>45</sup>. Todas las formas de nacionalismo tradicional tienen dificultades para conciliar este discernimiento. Gran parte de lo que viene ocurriendo en Europa Oriental parece indicar que el nacionalismo exagerado está intentando llenar el vacío dejado por el derrumbe del socialismo, y por lo tanto debemos ser pacientes. Por lo demás, la emergencia de estados menores y más pequeños es en efecto<sup>46</sup> ambivalente: de un lado, este proceso ayuda a ciertas minorías a liberarse de las mayorías, de otro lado, estas mismas minorías ahora han aprendido a coexistir con las minorías que permanecen en sus países (por ejemplo Eslovenia y Croacia). Se ha dado un impulso bastante considerable a la protección de las minorías como elemento

<sup>42</sup> La sección 68 de la Constitución húngara 1949/89/90 es ejemplar: «(1) Las minorías nacionales y étnicas que viven en la república de Hungría tendrán participación en el poder del pueblo: contribuyen al Estado. (2) En la República de Hungría se otorgará protección a las minorías nacionales y étnicas. Tendrán derecho a participar con la comunidad en su conjunto en la vida pública, a cultivar su propia cultura, a usar su lengua materna, a ser educadas en su lengua materna y a usar nombres en su propio idioma».

<sup>43</sup> Sin embargo hay que ver el artículo 28 del proyecto de Constitución de Estonia de 1991: «Todos tendrán derecho a preservar su identidad étnica. Las minorías étnicas tendrán derecho a disfrutar de autonomía cultural. La ley establecerá el procedimiento y condiciones pertinentes». Ver también el párrafo 3 sección 2 del mismo artículo: «Las escuelas establecidas para las minorías tendrán como idioma de instrucción su propio idioma».

<sup>44</sup> Artículo 18, párrafo 4 del proyecto de constitución del Sejm: «Los límites a los derechos y libertades prescritos por las mayorías no contravendrán los derechos de las minorías». El artículo 14 del proyecto de constitución del Senado polaco: «La République Polonaise garantit aux minorités nationales ou linguistiques le droit a cultiver leur propre culture, leur langue, leurs coutumes et leur tradition ...» [La República Polaca garantiza a las minorías nacionales o lingüísticas el derecho a cultivar su propia cultura, su idioma, sus costumbres y su tradición ... (N. de la T.)].

<sup>45</sup> El artículo 29 del proyecto de constitución de Albania (1991) es notablemente abierta y tolerante: «Derechos de las minorías étnicas: el estado garantiza a las minorías étnicas los derechos que les corresponden: libre preservación y desarrollo de su identidad étnica, cultural, religiosa y lingüística. Los individuos que pertenezcan a ciertas minorías étnicas son libres de no ser asimilados contra su voluntad. Son libres de establecer y mantener contactos con personas del mismo origen étnico, patrimonio cultural y creencias religiosas fuera del país».

<sup>46</sup> Francia, por ejemplo, desea que Croacia enmiende su constitución para que brinde más derechos a las minorías (FAZ, 18 de enero de 1992, p. 5), mientras que Eslovenia ha rehusado firmar el memorándum de minorías exigido por Italia.

esencial del Estado constitucional por las declaraciones de la CSCE y la lista de criterios elaborada por la CE, que incluye la protección a las minorías como condición para el reconocimiento de las naciones emergentes de Europa Oriental.

### (3) La falta de estructuras regionales y federales

Otra fuente de crítica la constituye la notable carencia de estructuras regionales y federales, casi sin excepción, los países de Europa Oriental se constituyen en estados unitarios, algunos con fórmulas muy acentuadas que evocan la tradición francesa (por ejemplo Rumania)<sup>47</sup>. El único país que es un estado federal, pero que tiene dificultades con ello, es por supuesto, la CSFR. La ideología de un Estado nacional unitario o Estado nación parece ser predominante. Ciertos países pueden ser demasiado pequeños para tener estructuras federales, sin embargo ninguno lo es tanto como para no permitir poderosas estructuras regionales. En este punto la crítica debe ser clara y estentórea: en la «Europa de las Regiones» de hoy, todos los estados constitucionales deben estructurarse regionalmente también a nivel nacional. En las constituciones española y portuguesa hay excelentes pasajes en este sentido<sup>48</sup>.

### *Todos los proyectos de Europa Oriental garantizan el gobierno local*

Un recorrido a través de las constituciones publicadas hasta la fecha en Europa Oriental revela muy poco<sup>49</sup>, y podría ser que el problema del regionalismo se comente en las garantías de protección a las minorías<sup>50</sup>. Tal vez en el mediano plazo podamos esperar que se impulse el regionalismo en las declaraciones de CSCE y CE. Ultimamente, por ejemplo, en su nueva sección de «cultura», el Artículo

128º, párrafo 1 del Tratado de Maastricht del 18 de diciembre de 1991 señala que «La Comunidad contribuirá al desarrollo de las culturas de sus estados miembros, preservando su variedad nacional y regional a la vez que enfatiza su patrimonio cultural común», mientras que el Artículo 198º instituye un «Comité Regional» consultivo.

<sup>47</sup> Artículo 1, párrafo 1: «La Roumanie est un Etat national, souverain et indépendant, unitaire et indivisible» [Rumania es un Estado nacional, soberano e independiente, unitario e indivisible (N. de la T.)] y el artículo 4, párrafo 1: «L'Etat a pour fondement l'unité du peuple roumain» [El Estado tiene como fundamento la unidad del pueblo rumano]. El artículo 2, párrafo 1 de la constitución búlgara señala: «La République de Bulgarie est un Etat unitaire à autogestion locale. Des formations territoriales autonomes ne sont pas admises» [La República de Bulgaria es un estado unitario de autogestión local. No admite la creación de territorios autónomos (N. de la T.)].

<sup>48</sup> Ver mi estudio «Föderalismus, Regionalismus, Kleinstaaten – in Europa» in *Die Verwaltung* 1992, p. 1 y siguientes.

<sup>49</sup> Ver el concepto de región en la Constitución de Bulgaria (1991). El artículo 135, párrafo 1 dice: «Le territoire de la République de Bulgarie est divisé en comunes et régions» [El territorio de la República de Bulgaria se encuentra dividido en comunas y regiones (N. de la T.)], mientras que el artículo 142 señala: «La Région est un unité administrative et territoriale qui met en oeuvre la politique régionale, afin de réaliser sur place la gestion de l'Etat et d'assurer l'harmonie des intérêts nationaux et locaux» [La Región es una unidad administrativa y territorial que lleva a cabo la política regional, a fin de implementar en su ámbito la gestión del Estado y asegurar que haya armonía entre los intereses nacionales y locales (N. de la T.)]. Este es un concepto muy tecnocrático de región.

<sup>50</sup> Esto se puede discernir en el artículo 8, párrafo 2 de la Constitución de Serbia (1990): «Dans les Territoires de la république de Serbie où vivent des minorités nationales, leurs langues et alphabets son également en usage officiel de la manière fixée par la loi». [En los territorios de la República de Serbia donde vivan minorías nacionales, sus idiomas y alfabetos también tendrán uso oficial en la forma que disponga la ley (N. de la T.)].

Aun así, todos los proyectos de Europa Oriental garantizan el gobierno local, aunque de un nivel menor al que se encuentra en el resto de Europa <sup>51</sup>.

#### (4) La falta de objetivos para el sistema educativo

Mi penúltima área de crítica es la falta de objetivos educativos en las constituciones de Europa Oriental. Las razones para ello pueden ser comprensibles: toda forma de educación ha sido desacreditada por el control dictatorial de la educación por los estados socialistas. Sin embargo, los autores de estas constituciones deben reconsiderar su actitud. Los objetivos educativos son un tema bien establecido –y evidente– de las constituciones actuales. Sobre todo, los países en vías de desarrollo como el Perú y Guatemala, el Artículo 146º de la Constitución Weimar (que ya es un clásico) y las constituciones del Estado alemán posterior a 1945 (Länder) en el Este y el Oeste han desarrollado un canon de objetivos educativos (tales como el respeto a la dignidad humana, la tolerancia, la responsabilidad hacia la comunidad, reconciliación internacional) y el respeto por la naturaleza y el medio ambiente se ha agregado recientemente a los anteriores (ver el preámbulo a la Constitución de Hamburgo, Artículo 131º, párrafo 2 de la nueva Constitución de Bavaria y el Artículo 26, sub-párrafo 5 de la Constitución de Bremen).

Hay un tema que debiera incluirse de inmediato en los objetivos educativos escritos en los estados constitucionales emergentes: de un lado, los derechos humanos y fundamentales (ya existen las recomendaciones de UNESCO en este sentido <sup>52</sup> y de otro lado, la tolerancia, que en verdad es una manifestación del imperativo categórico (en el sentido de que respeta los derechos fundamentales iguales de nuestros prójimos). El «patriotismo constitucional» no puede reemplazar de la noche a la mañana al acentuado nacionalismo que ha regresado a Europa Oriental <sup>53</sup>. La infraestructura espiritual tiene que «madurar».

El actual retorno del nacionalismo y el nuevo despertar de las minorías étnicas muy bien pueden ser expresión de una búsqueda de identidad cultural en vista de la tendencia hacia la uniformidad, al definir al mundo y al hombre. De alguna manera, las tendencias

<sup>51</sup> Ver por ejemplo los artículos 119 al 120 de la Constitución de Rumania (L'administration publique locale») [La administración pública local (N. de la T.)] con sus soluciones tecnocráticas bastante estrechas. El Artículo 113º de la Constitución serbia contiene una lista de responsabilidades comunales. El proyecto de Constitución de Estonia también dispone ciertos poderes locales (artículos 144º al 149º) pero no llega al nivel fijado por la Carta Europea para Gobiernos Locales. El proyecto de Constitución del Sejm polaco va considerablemente más adelante. El Artículo 6º señala: «La República de Polonia garantiza la participación del gobierno local en el ejercicio del poder y garantiza la libre actividad para otras formas de autogobierno». El capítulo 11 («Gobierno Local»: artículos 163º al 169º) brinda un apoyo relativamente fuerte al gobierno local. El Artículo 163º, por ejemplo, indica: «1. El gobierno local será la forma básica de organización de la vida pública en la comuna. 2. La comuna satisficará las necesidades colectivas de la comunidad local».

<sup>52</sup> Ver W. Perschel, «Grundrechtsschutz durch Grundrechtserziehung», FS H. Ridder (**Estudios en honor de Ridder**, 1989, p. 85 (89 y siguientes). Hay un debate general sobre el tema en P. Häberle, **Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat**, 1981.

<sup>53</sup> Rumania inclusive emplea el concepto de «estado nación» en su constitución. El Artículo 1º, párrafo 1 dice: «La Roumanie est un Etat national, souverain et indépendant ...» [Rumania es un Estado nacional, soberano e independiente (N. de la T.)]. Macedonia es muy diferente, y se define a sí misma en su constitución de 1991 como un «estado para todos los ciudadanos» (FAZ, 21 de noviembre de 1991, p. 2).

regionalistas también son parte de este complejo <sup>54</sup>. Aunque parezca paradójico, la universalidad de los derechos humanos motivan las cláusulas de identidad cultural en el Estado constitucional.

(5) Máximas para una buena política constitucional (conclusiones preliminares)

Tanto la simultaneidad como la falta de simultaneidad contribuyen a ahondar un problema que es de naturaleza única y de aplicación universal. Las comunicaciones del mundo de hoy y la sociedad de la información significan que los avances de un Estado constitucional se pueden registrar y comentar de inmediato en otros países, tanto próximos como lejanos. Lo que evoluciona aquí se puede examinar de inmediato allá. Sin embargo lo contrario también es cierto: también hay una falta de simultaneidad que no debe ignorarse ni comentarse semánticamente debido a formales componendas.

En el contexto actual esto significa que el mundo constitucional de Occidente es formal y contextualmente una especie de «vanguardia» en el desarrollo de un Estado constitucional como modelo: las democracias burguesas extremadamente heterogéneas y prósperas pueden y deben efectuar avances constitucionales que no se pueden copiar fácilmente. Citemos un ejemplo: las democracias occidentales de hoy pueden y deben extender las estructuras participatorias como derecho fundamental: están en una mejor posición para «compartir» que las democracias de Europa Oriental que se acaban de liberar del yugo y la aflicción de la economía impuesta por su administración. También podría ocurrir que los comisionados de los derechos fundamentales y los fiscales se necesiten con mayor urgencia en el Este porque los ciudadanos de esos países no pueden y no desean involucrarse en los complicados procesos de litigio comunes en el Oeste. En otras palabras, las diferencias existentes entre la infraestructura socio-cultural de Europa Oriental y de Europa Occidental, hace que se requieran estructuras constitucionales diferentes, esto no impide que los avances teóricos más recientes asuman forma textual en Europa Oriental –sólo tenemos que recordar el refinamiento de la cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales en el proyecto de Constitución de Estonia.

Por lo demás, aún se aplican las normas universalmente aceptadas de política constitucional <sup>55</sup>.

### C. TERCERA PARTE

#### PERSPECTIVAS

El duro trabajo realizado en las constituciones de Europa Oriental en un periodo de tiempo relativamente corto permite que seamos optimistas. El Estado constitucional como modelo ha progresado con la recepción de textos clásicos y su modificación, así como con las variaciones resultantes de nuevas formas experimentales en las cuales se analiza con frecuencia la experiencia del «antiguo» mundo constitucional. No es poco

<sup>54</sup> La idea del derecho a un hogar probablemente también pertenece a estas estructuras regionales (ver por ejemplo a P. Saladin, «Heimat als Aufgabe», *Estudios en honor a Kaufmann*, 1989, p. 29 y siguientes).

<sup>55</sup> Hay una revisión de los problemas concretos presentes en este campo en P. Häberle, «Verfassungsrechtliche Entwicklungsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien», *Estudios en honor de Haug*, 1986, p. 81 (106 y siguientes).



frecuente que los textos clásicos de la tradición Europea y Atlántica asistan directamente al nacimiento de estos textos. Aquí la jurisprudencia y la teoría constitucional han logrado una propuesta conjunta y han entablado un diálogo. Existen señales claras de una comunidad de constituciones y valores propios de la comunidad europea que une al Este y al Oeste.

Obviamente, algunos textos de Europa Oriental aún se encuentran prácticamente «en el aire», porque actualmente carecen de la infraestructura socio-cultural que necesita todo Estado constitucional nacional. En este sentido, sus constituciones incorporan una mayor parte de ese «cuántum» de utopía que todo Estado constitucional normal siempre ha necesitado, puede necesitar y en verdad debe necesitar: incluso Locke fue utópico para su época. Posiblemente Occidente deba brindar al Este una ayuda más real para el desarrollo económico, el apoyo para el desarrollo textual no basta. El proceso manifiesto de recepción no es unilateral hoy ni lo será en el mediano plazo. Los autores del este han venido con frecuencia hacia nosotros: han formulado contribuciones creativas y ya se encuentran sentados ante la «mesa redonda» de los académicos que se ocupan del Estado constitucional —una mesa en la cual también vienen ocupando sus asientos los estados menores y los países en vías de desarrollo. Hoy la «sociedad abierta» es el mundo y el estado constitucional es su foro. La marcha triunfante del Estado constitucional no es ciertamente el final de la historia (constitucional), aunque haya desaparecido el dualismo Este/Oeste, está naciendo un «Diván\* Este/Oeste» y cabe preguntar sobre su «teoría» incluso al Tercer Mundo. Los problemas inherentes son suficientemente sustanciales: el medio ambiente, las hambrunas, guerras civiles entre minorías, confrontación con el fundamentalismo islámico, el economicismo del pensamiento aquí, la comercialización de actividades relacionadas con la vida, el materialismo dominante en Occidente, etc. En estas áreas le compete a la jurisprudencia, en alianza con la teoría constitucional, brindar «corolarios» para los textos constitucionales clásicos y positivos. Finalmente, si es verdad que el Derecho Fundamental Alemán con su dogma y jurisdicción constitucional ha mejorado su reputación más allá de las fronteras de Europa, entonces es gratificante, y tal vez la próxima generación de la teoría constitucional —en tanto jurisprudencia— podrá lograr en teoría lo que ha surgido en la práctica entre los años 1949 y 1992 (bajo la poderosa influencia de los textos clásicos de Weimar). Sin embargo, no hay razón para ser complacientes pues de un lado le estamos devolviendo al este una compensación positiva a modo de reparación por lo que le hicimos en los años que siguieron a 1939. De otro lado, tenemos suficientes problemas constitucionales en nuestro propio «taller», bajo la modalidad de la unificación interna que sigue siendo necesaria a raíz de la ostensiblemente exitosa reunificación de Alemania.

\* Cuerpo Legislativo estatal oriental (N. de la T.)